


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE
RI
TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE



Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Jhering,

in Verbindung mit

Dr. Ferdinand Regelsberger, Dr. Victor Ehrenberg,
Professoren an der Universität in Göttingen,

und

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien.

Achtundzwanzigster Band.
Neue Folge XVI. Band.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1889.

1889. May 4 - Sept. 16.
Summer fund.

Inhalt.



Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Jhering,

in Verbindung mit

Dr. Ferdinand Regelsberger, Dr. Victor Ehrenberg,
Professoren an der Universität in Göttingen,

und

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien.

XXVIII. Band. 1. und 2. Heft.
Neue Folge XVI. Band. 1. und 2. Heft.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1889.



Inhalt.

Die Herren Mitarbeiter erhalten für ihre Beiträge ein Honorar von 40 Mark und außerdem werden ihnen 12 Sonderabdrücke unentgeltlich geliefert, eine größere Anzahl gegen Erstattung der Herstellungskosten.

Manuscriptsendungen sind nach Göttingen an die Adresse eines der Herausgeber zu richten.

Der Redaction der „**Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts**" werden nicht selten Prüfungsarbeiten aus dem Referendarexamen und Doctordissertationen zur Aufnahme in die „Jahrbücher" zugesandt. Sie sieht sich zu der Erklärung genöthigt, daß sie derartige Erstlingsarbeiten ungelesen an ihre Verfasser zurückgehen lassen wird.

Die Redaction.

I.

Der Real-Verbalcontrakt des Römischen Rechts.

Von Prof. Dr. **Otto Wendt** in Jena.

Die Institutionen von Gajus und Justinian überliefern uns in schulmäßiger Zusammenstellung bekanntlich quatuor genera (species) der Contraktsobligationen: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut literis aut consensu. Diese 4 Arten standen aber keineswegs in gleichem Verhältnisse zu einander. Denn während die Benutzung von res, literae und consensus zu ihrer Wirkung bestimmte Grundlagen voraussetzte und danach nur beschränkt Anwendung finden konnte, hatten die verba eine völlig allgemeine Bedeutung und waren zu jeglicher Obligation ohne Ausnahme tauglich und geschickt. In jener Aufzählung bilden die verba also die regelmäßige und ordentliche Contraktsform, und zu ihnen, d. h. zur Stipulation mußte geschritten werden, so oft nicht etwa die Voraussetzung einer der Ausnahmsfälle vorlag. Mochte thatsächlich für das Leben und den Verkehr auch die Reihe der Ausnahmen mit Real- und Consensualcontrakten völlig im Vordergrund stehen, so blieb doch für die juristische Auffassung und Zergliederung die Stipulation das Hauptgeschäft und die Contraktsform als solche, und was Gajus IV, 13 bei der Aufzählung der legis actiones bemerkt, läßt sich für die Stipulation in ähnlicher Weise wiederholen: sacramenti actio generalis

erat; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur. Denn in gleicher Beziehung stand die Stipulation zu den übrigen Contrakten.

Die Gegenüberstellung von verba und consensus ergiebt ein sehr einfaches Verhältnis. Nach dem Satze: nuda pactio obligationem non parit, oder: ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur, stellen die Consensualcontrakte eine geschlossene Reihe von reinen Ausnahmen dar, zu deren Beschreibung gesagt wird: sufficit eos qui negotium gerunt, consensisse, und: neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur. Juristisch fällt natürlich das Hauptgewicht darauf, daß es sich durchaus nur um eine Gruppe von einzeln aufgezählten Fällen handelt, die einer wissenschaftlichen Erweiterung und Verallgemeinerung nicht für fähig erachtet werden konnten. Grade in dieser Beziehung stand es ja mit den Realcontrakten anders, bei welchen die Wissenschaft von sich aus die ursprünglich ebenfalls nur einzeln zur Anerkennung gelangten Fälle schließlich bis zu einem allgemein gefaßten Lehrsatze ausdehnte.

Nicht so einfach gestaltet sich die Vergleichung von verba und res. Das zeigt sich schon an dem Zweifel, ob es richtiger sei, beides zusammengefaßt dem consensus gegenüberzustellen, oder aber unter Isolirung der verba zu ihnen die Gruppe von res und consensus in Gegensatz zu bringen. Auch bei den Realcontrakten ist die Form durch den Inhalt ersetzt. Denn die res, um welche es sich bei ihnen handelt und welche ihnen die volle Contraktswirkung verleiht, ist nicht etwas von außen an die Verträge Herangetragenes, sondern durch ihren Inhalt von selbst Gegebenes, von ihnen Untrennbares. Im Gegensatz zur Stipulation und zum übrigen Contraktsrecht liegt es also so, daß auf die verba bei ihnen nicht um deswillen verzichtet worden ist, weil sie etwa durch das Moment der

res etwas den verba Gleichwerthiges dargeboten hätten, sondern weil das Leben und der Verkehr Darlehn und Pfandgabe in gleicher Weise wie Kauf und Miethe von der Nothwendigkeit der Stipulation befreite, und die Anschauungen des jus gentium für beide Gruppen gleichmäßig ins Gewicht fielen. So entstand der Stipulation gegenüber eine Gruppe formloser, d. h. nicht mit Stipulation bekräftigter Verträge, welche unter sich durch ihren Inhalt in die Realcontrakte und die reinen Consensgeschäfte getrennt wurden.

Das ist derselbe Grund, der auch im heutigen Recht, obwohl wir im übrigen das Consensprincip zur völligen Geltung gebracht haben, ebenfalls noch zur Absonderung der Realcontrakte führt und sie als eine selbständige Gruppe erscheinen läßt. Dafür bieten uns die Quellen aber noch eine besondere, in der Regel nicht besonders gewürdigte Bestätigung. Wo sich nämlich der Darlehnsgeber die Rückgabe des Darlehns noch in eigener Stipulation versprechen läßt und also nicht formloser Vertrag, sondern eine verborum obligatio vorliegt, da bleibt auch dann noch das Wesen des Realcontraktes gewahrt, und die rechtliche Behandlung der vollzogenen Stipulation erfährt danach ihre besondere Eigenthümlichkeit. Zwar giebt zunächst die Form den entscheidenden Gesichtspunkt ab; nichtsdestoweniger darf trotz derselben der Vertrag auch als Realcontrakt bezeichnet werden, und es ergiebt sich, daß diese Eigenschaft über den sonstigen Eintheilungen steht und sich in gleichem Maße sowohl bei den formlosen Verträgen als bei den Formalcontrakten zur Geltung bringt. Der Beweis für diese Behauptung soll sofort versucht werden.

1. Zunächst ist so viel gewiß und bei den unzweifelhaften Aussprüchen der Quellen auch nie bestritten, daß durch die Darlehnsstipulation eine verborum obligatio geschaffen wird. Die Form überwiegt in dieser Beziehung und bestimmt

durch sich die Gruppe der Contrakte, welcher jene Stipulation angehört. Auch wird dabei völlige Einheit des contraktlichen Vorganges gelehrt und die Obligation tritt von vorn herein in den Kreis der verborum obligationes, so daß der Stipulation nicht etwa novatorische Funktionen zugeschrieben werden. Vgl.

> Fr. 126 § 2 D. de verb. oblig. 45, 1: nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum.
>
> Fr. 6 § 1 D. de novat. 46, 2: cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est; idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit.
>
> Fr. 7 D. eodem: cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri.

Es ist von großem Interesse, diese, die Darlehnsstipulation behandelnden Aussprüche mit den gleichen Umständen bei der literarum obligatio zu vergleichen. Die römische literarum obligatio beschränkt sich nach dem Bericht des Gajus IV, 128 fg. auf die nomina transscripticia, und dem expensum ferre wird nur in dieser Beschränkung obligatorische Kraft und Bedeutung zugeschrieben. Gajus sagt: alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur; in his enim rei, non literarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae re facit obligationem; qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere. Es muß dahinge-

stellt bleiben, ob nicht ursprünglich die gleich umfassende Bedeutung wie der Stipulation auch dem expensum ferre zugekommen sein möge, so daß sich verba und literae insoweit gleichberechtigt gegenübergestanden hätten. Es läßt sich aber wohl denken, daß die numeratio pecuniae ursprünglich zu beiden Contraktsformen sich in gleicher Weise verhalten habe, so daß die Unterscheidung der nomina arcaria und transscripticia erst einer späteren Abschwächung ihre Entstehung verdankt. Und umgekehrt wäre denkbar, daß auch der Stipulation gegenüber die numeratio hätte in den Vordergrund treten können, so daß nomina arcaria trotz begleitender Stipulation als Realcontrakte betrachtet wären nach dem Satze: numeratio pecuniae re facit obligationem. Das ist nun zwar nicht geschehen und dem Verbalakt ist seine obligatorische Kraft bis ans Ende des Römischen Rechts erhalten geblieben; nichtsdestoweniger wird sich noch herausstellen, daß auch der Stipulation gegenüber jene, von den nomina arcaria geltenden Worte ihre Bedeutung haben: non aliter valent quam si numerata sit pecunia. Mit anderen Worten, es wird sich zeigen, daß auch bei jener una verborum obligatio die Realnatur des Vertrages zur Geltung kommt.

Nebenbei aber noch die Bemerkung, daß zum Theil auch bei den von Gajus beschriebenen nomina transscripticia nach der späteren Darlehnstheorie über den Buchakt ebenfalls noch in solcher Weise geurtheilt werden durfte, wie über die nomina arcaria. Denn sobald einmal feststand, daß das abire in creditum in vollem Maße als Darlehnsgewährung und Realcontrakt zu gelten habe, und nachdem die Bedenken, die uns das Corpus juris noch mit der bekannten Stelle aus African's Quästionen (Fr. 34 pr. D. mandati 17, 1) überliefert hat, überwunden waren (vergl. natürlich Fr. 15 D. de reb. cred. 12, 1: videatur mihi data pecunia et a me

ad te profecta); so mußte sich auch das Urtheil über die nomina transscripticia danach verändern. Gajus beschreibt uns ja: fit nomen transscripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam. Davon gehört aber die erste Gruppe zu jenem abire in creditum: veluti si id quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. Im Zeitalter Ulpian's wäre über den Buchakt und die literae in diesem Falle schon zu sagen gewesen: nullam obligationem facere, sed obligationis factae testimonium praebere. Nur die transscriptio a persona in personam hätte also zuletzt den selbständigen obligatorischen Erfolg bewahrt und hätte hier dauernd der Delegationsstipulation zur Seite gestanden.

2. Die Behauptung, daß das Darlehn auch der Stipulation gegenüber trotz una verborum obligatio seinen Einfluß bewahrt habe und daß demnach dem reinen Verbalcontrakt das Schema eines Real-Verbalcontraktes zur Seite gestellt werden müsse, findet ihre Bestätigung zunächst rein theoretisch daran, daß auch die Römischen Juristen einen solchen Real-Verbalcontrakt in ihre Aufzählungen gelegentlich mit aufgenommen haben. So die freilich etwas tumultuarische Zusammenstellung Modestin's in

> Fr. 52 pr. D. de oblig. et act. 44, 7: obligamur aut re aut verbis aut simul utroque.

Dann Ulpian in

> Fr. 9 § 3 D. de reb. cred. 12, 1: quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis sive conjunctim u. s. w.

Dieser Real-Verbalcontrakt wird dabei von Modestin so beschrieben:

> Fr. 52 § 3 D. de oblig. et act. 44, 7: re et

verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam rem.

Es wird sich an den praktischen Folgerungen dann weiter bestätigen, daß in der That das simul utroque mit voller Berechtigung ausgesprochen werden durfte, und daß die Theorie zu einem solchen Doppelcontrakt, der einerseits Verbalcontrakt, andererseits aber auch Realcontrakt ist, vollen Anlaß hatte. Eben jetzt lese ich freilich bei Pernice, Parerga III, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Band 9, S. 221, die kurze Bemerkung, daß die Auslegung des re et verbis obligari trotz Fr. 52 § 3 cit. nicht klar, noch weniger aber die Bedeutung desselben als selbständiges Eintheilungsglied erkennbar sei. Was diese Blätter beabsichtigen, geht grade darauf, diesen Zweifel zu heben und das simul utroque oder conjunctim in seiner ihm zukommenden Bedeutung klar zu machen.

3. Auch bei v. Salpius' Novation und Delegation, S. 238, ist die Bedeutung des simul utroque, re et verbis pariter obligari noch keineswegs erkannt. Er deutet diese Worte nur darauf, daß für die einheitliche Obligation (una verborum obligatio, unus contractus) ein doppelter Entstehungsgrund anerkannt werde. Das ist nun zwar insofern richtig und zutreffend, als etwaige Ungültigkeit der Stipulation noch einen gültigen Realcontrakt übrig lassen kann, und dafür sollen sofort die Belege gegeben werden. Jedoch wäre es viel zu eng und einseitig, wenn man die Bedeutung des Real-Verbalcontraktes nur hierin finden wollte, und viel wichtiger ist der positive Inhalt desselben, der sich grade bei Gültigkeit der Stipulation zur Geltung bringt.

Mit jenem doppelten Entstehungsgrund verhält es sich grade so, wie in den übrigen bekannten Beispielen der sogenannten Conversion von Rechtsgeschäften. Denn da die

numeratio pecuniae für sich allein, ohne Hinzuthat der Stipulation, ausgereicht haben würde, vollgültige Obligation zu erzeugen, sobald wenigstens in der Rechtsgeschichte das Darlehn als Realcontrakt anerkannt worden war, so kann das Scheitern der verborum obligatio jene Wirkung der numeratio auch nicht beeinträchtigen, und die Darlehnsgabe begründet für solche Fälle die ihr zukommende Obligation. Da nun aber der rechtliche Charakter der entspringenden Obligation sowohl bei Stipulation als beim mutuum völlig der gleiche ist, bei beiden sich nämlich eine condictio certae pecuniae ergiebt, so läßt sich insofern, als die hinzutretende Stipulation eine Steigerung der Gläubigerrechte nicht herbeiführt, wohl sagen, daß sie ex abundanti hinzugefügt werde, und daß ihre Ungültigkeit auf das Rechtsverhältnis der Contrahenten keinen erheblichen Einfluß äußere. Formloser Vertrag und Formalcontrakt erzeugen beide die gleiche rechtliche Wirkung, weil die certa obligatio des Darlehns um des certum willen ebenfalls unter die Regeln des strictum jus und das Condiktionenrecht gestellt worden ist.

Die Reihe der hierher gehörigen Fälle wird in Fr. 9 § 3 D. de reb. cred. 12, 1 mit den Worten eingeführt: referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat. Es folgen dann in § 5—7 solche Fälle, in welchen die zur Darlehnsgabe hinzugefügte Stipulation aus verschiedenen Gründen unwirksam bleibt, inutilis stipulatio.

Zunächst § 4: numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum. Nach der Regel: alteri stipulari nemo potest, welche in Fr. 38 § 17 D. de verb. oblig. 45, 1 mit dem fehlenden Interesse begründet wird: inventae sunt hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat quod sua interest; ceterum ut alii detur,

nihil interest mea, heißt es auch hier: nulla est stipulatio. Die beabsichtigte verborum obligatio ist also gescheitert. Ein praktisches Beispiel dafür aber, wie es kommen kann, daß Jemand die Rückgabe des Darlehns einem Dritten versprechen lassen kann, giebt uns Fr. 126 § 2 D. de verb. oblig. 45, 1: Der Darlehnsgeber ist Zosas libertus et rem agens Julii Quintiliani absentis. Die Stipulation lautet auf Rückgabe an den abwesenden Patron „ad quem ea res pertinebit". Die erste Entscheidung lautet natürlich wiederum: per liberam personam, quae neque juri nostro subjecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. Daher: quod libertus patrono suo dari stipulatus est inutile est, ut nec ad solutionem proficiat adjectio absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur. Nun ergiebt sich aber bei der Ungültigkeit der beabsichtigten verborum obligatio die weitere Frage, ob denn nicht etwa ex numeratione pecuniae dennoch zur Klage gelangt werden könne, sei es für den Geber selbst (ipse qui contraxit), sei es gar für den dritten Interessenten. Die beiden bisher besprochenen Stellen haben nur die erste Frage vor Augen und bejahen dieselbe, trotzdem eigentlich gewisse Bedenken gegen diese Antwort eingewendet werden können. Beide Stellen wollen also dem Darlehnsgeber für seine Person die condictio mutui zugestehen. In Fr. 9 § 3 cit. legt Ulpian in aller Kürze die Doppelnatur des contraktlichen Vorganges dar und kommt ohne Bedenken zur Entscheidung: et puto posse: quasi duobus contractibus intervenientibus, uno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui. Paulus dagegen in Fr. 126 § 2 cit. beharrt zunächst bei dem unus contractus (was übrigens Ulpian an anderer Stelle auch seinerseits lehrt, Fr. 6 § 1 D. de novat. 46, 2): quotiens

pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. Gleichwohl kommt auch Paulus zu derselben Schlußentscheidung wie Ulpian, findet also jenes Bedenken schließlich doch nicht erheblich genug: plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione. Trotz der Stipulation bleibe also die naturalis obligatio, d. h. die aus der numeratio pecuniae erwachsende Obligation noch von Bestand. Das gilt jedenfalls von unserem Fall, wo die Stipulation ungültig geblieben ist, und hier ist jene Zerlegung des Vorganges in seine beiden Hälften in der That am Platze, wie wir ja auch bei anderen Beispielen ungültiger Rechtsgeschäfte sehen.

Nun mag aber auch das Bedenken ausgesprochen werden, welches vorhin schon erwähnt wurde. Beide Juristen haben gefragt: an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit. Der übereinstimmende Wille der Contrahenten war auf Rückgabe der Darlehnssumme an einen Dritten (ad quem ea res pertinebit) gerichtet; dieser Wille ist in der Fassung der Stipulation zum Ausdruck gebracht. Beschränkt er sich aber auf die verborum obligatio? Muß nicht vielmehr gesagt werden, daß er auch für die ex numeratione entspringende naturalis obligatio ganz ebenso vorhanden war? Auch wer die Zerlegung in die duo contractus intervenientes für völlig richtig hält und ebenso die Entscheidung: non esse recessum a naturali obligatione, mag doch immer noch den Einwand erheben, daß ja die contraktliche Absicht auf Rückgabe an den Patron gelautet habe. Denn nicht in diesem Theil des Contraktes hat jene Scheidung und Zerlegung ihre Stelle, und nicht blos die Stipulationen sind es, welche dadurch zur Ungültigkeit gebracht werden, daß Leistung an einen Dritten abgemacht wird: neque stipulari neque emere vendere

contrahere, ut alter suo nomine recte agat, Fr. 11 D. de oblig. et act. 44, 7; Fr. 73 § 4 D. de reg. jur. 50, 17; c. 6 C. si quis alteri 4, 50. Die letzte Stelle sagt von einem Kaufgeschäft in kürzester Fassung: empti actionem nec illi nec tibi acquisisti, dum tibi non vis nec illi potes. Ob also nicht auch in unserem Falle von dem ipse qui contraxit so zu entscheiden gewesen wäre: sibi non voluit, muß dahingestellt bleiben. Sicherlich hat aber der angeregte Zweifel seine volle Berechtigung.

Diese Bemerkungen liegen um so näher, als nach der Lage des Falls die condictio mutui ja unmittelbar für den Dritten, zu dessen Gunsten auch die Stipulation lautete, begründet ist. Was für die Stipulation nach Römischer Anschauung ausgeschlossen war, konnte beim Darlehn ungehindert mit voller Gültigkeit verabredet werden. Darlehnsgabe für fremde Rechnung war, wie die Juristen bezeugen, etwas Alltägliches, und für die Darlehnsobligation setzte man sich in der That über die für die übrigen Obligationen maßgebenden Regeln hinweg. Hat also im Fall des Fr. 126 § 2 cit. der Zosas libertus für Rechnung seines Patrons ein Darlehn gegeben und ist dabei die Rückgabe unmittelbar an den Patron verabredet, wie die abgeschlossene Stipulation bezeugt, so stehen die Regeln des Realcontraktes nicht im Wege, dem Patron die Darlehnsklage zuzusprechen, auch wenn ihm die Klage aus der Stipulation versagt bleiben muß. Man sieht also nicht recht ein, warum nach der Zuständigkeit der Darlehnsklage für den Liberten selbst (ipse qui contraxit) gefragt wird. Den besten Beleg für den aufgestellten Satz giebt ja Ulpian in

> Fr. 9 § 8 D. de reb. cred. 12, 1: si numos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit acquiri tibi condictionem.

Julianus quoque de hoc interrogatus scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi acquiratur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

Fr. 126 § 2 D. de verb. oblig. 45, 1: si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur.

c. 3 C. per quas personas 4, 27: cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiritur ei cujus nomine pecunia credita est per hujusmodi numerationem condictio, etc.

Vergl. hierzu auch Ihering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, Jahrbücher für die Dogmatik, Band 2 S. 100 fg.

Danach scheint mir ein Bedenken nicht mehr obwalten zu können, daß der Stipulationserfolg hier hinter dem Erfolg der numeratio pecuniae zurückbleibt und daß die letztere erreicht, was der Stipulation unmöglich ist.

Auch zu den übrigen Beispielen des Fr. 9 § 5—7 D. de reb. cred. 12, 1 muß es gestattet sein, einige Bedenken hinzuzufügen, welche die Richtigkeit der Entscheidung einigermaßen in Zweifel zu setzen geeignet sind. Es sollen Fälle vor Augen geführt werden, wo die Rückgabestipulation ungültig abgeschlossen wird, der Realcontrakt aber gleichwohl seine ihm zukommende Wirkung erzeugt.

§ 5: idem erit si a pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus, cui tutore auctore credidi, nam et tunc manebit mihi condictio ex numeratione.

§ 7: sed et si ei numeravero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler, puto pupillo eum comparandum, quoniam et stipulando sibi acquirit.

In beiden Fällen wird freilich ein Hindernis für die Gültigkeit der Stipulation aufgeführt, welches für die Wirkung der numeratio pecuniae nicht vorhanden war, und insofern scheint alles in bester Ordnung und die Reihe der Beispiele zutreffend gewählt zu sein. Nichtsdestoweniger ergeben sich Bedenken daraus, daß hier ja die Stipulation der Darlehnsgabe nicht mehr in continenti hinzugefügt worden ist, vielmehr ein zeitlicher Zwischenraum zwischen beiden Vorgängen mit Nothwendigkeit vorausgesetzt werden muß. Namentlich in dem Falle des § 7 (cui postea bonis interdictum est) kann dieser Zwischenraum so unerheblich nicht gewesen sein, wenn man nicht etwa davon ausgehen wollte, daß dem Darlehnsempfänger das prätorische Entmündigungsdecret, d. h. die interdictio bonis eben in dem Augenblick zugestellt worden sei, wo er das Darlehn empfangen habe und sich anschicke, die Stipulation mit dem Geber zu vollziehen. Auch im Fall des § 5 ließe sich ja denken, daß der Vormund, der zum Darlehnsempfang noch auctorirt hat, dann unmittelbar abgeht und sich entfernt, ohne auch noch der unmittelbar folgenden Stipulation des Pupillen seine auctoritas zu Theil werden zu lassen. Wer aber solche Erklärungen für spitzfindig hält und deshalb verwirft, steht dann vor der Schwierigkeit, welche der zeitliche Zwischenraum hervorruft. Der Lehrsatz vom unus contractus und der una verborum obligatio ist nur für die Fälle aufgestellt, wo die Stipulation der Darlehnsgabe in continenti nachfolgt,

Fr. 6 § 1 D. de novat. 46, 2.

Muß aber mit mox und postea gerechnet werden, so werden

wir auf die Novationsnatur der späteren Stipulation hingeführt, und diese führt sowohl beim Pupill als beim Verschwender trotz inutilis stipulatio zu dem Ergebnis, daß die anfänglich begründete Darlehnsobligation erlischt und getilgt wird. Vgl.

Fr. 1 § 1 D. de novat. 46, 2.

§ 3 J. quib. mod. obl. toll. 3, 29.

Gajus III, 176.

Aber freilich, der animus novandi braucht ja nicht mit Nothwendigkeit vorausgesetzt zu werden, und so oft nur eine accessorische Stipulation abgeschlossen wird, behält ja die anfängliche Darlehnsobligation auch nachher ihren vollen Bestand. Nur trifft es dann doch wieder nicht zu, von duo contractus intervenientes zu sprechen, und insofern muß gesagt werden, daß die citirten §§ 5 und 7 nicht allzu glücklich in der Wahl ihrer Beispiele gewesen sind. Zwischen ihnen liegt noch

§ 6: item quaeri potest et si, quod tibi numeravi, sub impossibili condicione stipuler; cum enim nulla sit stipulatio, manebit condictio.

Hier wiederholt sich der beim § 4 gemachte Einwand, ob es möglich sei, die Bedingung ausschließlich auf die Stipulation zu beziehen, und ob es nicht vielmehr unumgänglich sei, die Rückgabe als solche unter den Einfluß der Bedingung zu stellen. Dann würde das Hindernis nicht blos dem Erfolg der Stipulation im Wege stehen, sondern ebenso auch den Numerationserfolg ausschließen. Wer bürgt uns dafür, daß die Bedingung nicht auch dann vereinbart worden wäre, wenn an die Bekräftigung durch die Stipulation gar nicht gedacht wäre? Die Stipulation will doch nur den abgeschlossenen Vertrag zur mehreren Gültigkeit bringen und sie wiederholt nur, was der Consens der Contrahenten über die Rückgabe verabredet hat. So meine ich, daß es bedenklich sei, hier die Be-

dingung nur zu der Stipulation als solcher in Beziehung zu setzen, im übrigen aber von ihr keine Notiz zu nehmen.

Das Auseinanderfallen von Numeration und Stipulation, mit welchem wir uns beschäftigen, vermag sich aber noch an andern als den bisherigen Beispielen zu zeigen. So kommt namentlich in Betracht der Fall des

> Fr. 5 § 3 D. de negot. gest. 3,5: si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum cum quo contraxi nullam. quid tamen si a procuratore tuo stipulatus sum? potest dici superesse mihi adversus te negotiorum gestorum actionem, quia ex abundanti hanc stipulationem interposui.

Diese Stelle hat ihren Auslegern erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Vgl. zuletzt Ruhstrat, Die negotiorum gestio des dritten Contrahenten, S. 7 fg. Namentlich ist der Sinn des Schlußsatzes streitig geblieben, wie so man sagen könne, daß die Stipulation ex abundanti hinzugefügt sei, und ob diese Stipulation für rechtswirksam gehalten werden könne oder nicht. Der Jurist betrachtet hier die Darlehnsgabe überhaupt nicht unter dem Gesichtspunkt eines Contraktes d. h. eines den Empfänger zur Rückgabe verpflichtenden Vertrages. Denn obwohl der empfangende procurator zwischendurch als is cum quo contraxi bezeichnet wird, ist dies Wort doch nur im allgemeinen Sinn des gerere verstanden. Der procurator ist nur das Werkzeug, dessen sich der Geber des Geldes zur Ausführung seiner negotiorum gestio bedient; ihm wird im rechtlichen Sinne ein Darlehn überhaupt nicht gegeben, obwohl wiederum im Eingang vom mutuam pecuniam dare gesprochen wird. Der Zweck des Gebens und Nehmens ist aber

ein genau bezeichneter: tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, und so liegt der Fall ähnlich wie im nächstfolgenden § 4: si quis pecuniam perferendam acceperit. In der That läßt sich die Auffassung des Juristen, wie er den Fall beurtheilt, mit diesen Worten wiedergeben, und deshalb entscheidet er: adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum cum quo contraxi nullam. Die Berechtigung zu dieser Auffassung liegt in der Beschreibung des Vorganges als pecuniam mutuam dare tui contemplatione, worin zum Ausdruck kommt, daß der empfangende procurator seinerseits eben nur empfängt, nicht aber einen Contrakt schließt. Das ergiebt sich namentlich aus der Vergleichung mit

> c. 13 C. si certum petatur 4,2: eum, qui sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam foenori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet.

Hier liegt der Fall grade umgekehrt, daß jemand, wiewohl in fremdem Interesse und seinerseits negotia gerens, ein Darlehn aufnimmt, welches der Geber keineswegs nur contemplatione domini gewährt. Dann ist zu vergleichen

> Fr. 10 § 5 D. de in rem verso 15,3: si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.

Das ist wieder genau der Fall des Fr. 5 § 3 cit. Die Hingabe des Geldes bedeutet keinen Contrakt und die Numeration hat nur thatsächlich als negotiorum gestio ihren Werth. Bei solcher Sachlage erweist sich dann aber die noch hinzugefügte Stipulation als unüberlegt und gedankenlos hinzugefügt; sie drückt einen Willen aus, den die Contrahenten gar nicht hatten. Jedenfalls ändert sie nichts an dem übrigen Er-

gebnis, daß die Zahlung rein contemplatione domini erfolgt ist, und führt nicht dazu, dem procurator einen Contrakts-willen unterschieben zu müssen, den er in Wahrheit nicht hatte. Deshalb unterscheidet der Jurist: potest dici superesse mihi adversus te negotiorum gestorum, quoniam ex abundanti hanc stipulationem interposui. In einer anderen Stelle heißt es einmal: ex abundanti per imperitiam, Fr. 9 pr. D. de supp. leg. 34,10. Das ist auch hier zutreffend. Die Stipulation ist in der That per imperitiam vollzogen und ändert nichts an der rechtlichen Natur und Behandlung des Falles. Darum muß sie auch für inhaltslos und rechts-unwirksam gehalten werden. Der Jurist spricht das zwar nicht aus und es ist daraus der Zweifel entsprungen, was als seine Meinung in dieser Beziehung angesehen werden dürfe. Ich glaube nun einerseits, daß die Entscheidung schon in dem ex abundanti interponere liegt, und hoffe andererseits, daß dieses Urtheil auch in dem weiteren Verlauf unserer Erörterungen seine positive Bestätigung finden wird. Aus jener Stipulation erwächst eine Haftung des procurator nicht; ihm steht vielmehr wirksame Vertheidigung gegen dieselbe zu.

Die Quellen bieten uns noch einen zweiten Fall derselben Art dar, nämlich in

> Fr. 20 § 1 D. de in rem verso 15,3: servus absentis rei publicae causa pupilli servis pecuniam credidit subscribente tutore stipulatione in personam tutoris translata: quaesitum est, an adversus pupillum competat actio. respondi, si, cum in rem pupilli daretur, id in rem ejus versum est et, quo magis actus servorum confirmaretur, tutor spopondit, posse nihilominus dici de in rem verso cum pupillo actionem fore.

Auch in diesem Fall ist der Numeration des Geldes eine

Stipulation hinzugefügt, und während das Geld dem Pupillen zu Gute kommen soll und kommt, hat der Vormund in seinem Namen die Rückzahlung versprochen. Wiederum ist die Stipulation ex abundanti hinzugefügt, welche Bedeutung und Wirkung des übrigen Vorganges nicht beeinträchtigt und ihrerseits wirkungslos bleibt. Als ihr Zweck erscheint überhaupt nur die Bekräftigung dessen, was die Sclaven unter einander abmachen: quo magis actus servorum confirmaretur, so daß wir einen selbständigen Verpflichtungswillen des Tutors aus ihr nicht entnehmen dürfen. Der Verbalakt bedeutet also nicht mehr als das ebenfalls genannte subscribere. Neben der actio de in rem verso dürfte darum aber auch die actio quod jussu gegen den Pupillen begründet sein nach Maßgabe von

> Fr. 2 pr. D. quod jussu 15, 4: si tutoris jussu servo pupilli creditum sit, puto, si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem „quod jussit tutor". Und dazu: Fr. 1 § 4 D. eodem: si servi chirographo subscripserit dominus, tenetur quod jussu.

Es liegt also in allen diesen Fällen sowohl eine unvorsichtige Abfassung der Urkunden als überhaupt eine gedankenlose Benutzung des herkömmlichen Geschäftsschema vor (per imperitiam). Weil üblicher Weise die Darlehnsgabe zu Stipulation und urkundlicher cautio führte, so sehen wir davon auch in solchen Fällen Gebrauch gemacht, wo beides nicht am Platze ist und den Absichten der betheiligten Personen gar nicht entspricht: sie sind dann ex abundanti hinzugefügt.

4. Soll nun aber das simul utroque, conjunctim, re et verbis pariter obligari sich als ein richtiges und zutreffendes Wort erweisen, so muß es auch einer gültigen Stipulation gegenüber seine Wahrheit haben und darf seine Bedeutung nicht blos darauf beschränken, daß der Realcontrakt, wie bis-

her gezeigt, in die Lücke der stipulatio inutilis einzuspringen die Fähigkeit hat. Es kommt also auf den Nachweis an, daß auch bei voller Gültigkeit und Wirksamkeit der abgeschlossenen verborum obligatio deren rechtliche Natur und Behandlung dennoch unter dem Zeichen des Realcontraktes steht, daß also die Gläubigerschaft und das Forderungsrecht des Stipulators nicht blos von der Stipulation, sondern ebenso sehr von dem Moment der res getragen wird und abhängt, daß nicht schlechthin certa pecunia den Gegenstand der Obligation ausmacht, sondern eine Darlehnssumme, mutua pecunia, pecunia credita, welche dem Schuldner zuvor hingegeben ist und deren Geben und Nehmen die Vorbedingung seines Schuldigwerdens ausmacht. Verhält sich das aber in Wahrheit so und hängt die obligatorische Kraft der Stipulation dann wirklich vom Vollzug der res ab, und beginnt die Obligation erst mit der Hingabe des Geldes zu Darlehn, so darf dann wirklich von einem simul utroque, re et verbis pariter obligari gesprochen werden. Das heißt aber nichts anderes, als daß die rechtliche Natur eines Darlehns stets dieselbe bleibt, möge darüber Stipulation vollzogen sein oder nicht; und wenn im Römischen Contraktssystem die Realcontrakte den verborum obligationes gegenübergestellt werden, so ist damit nur gesagt, daß ein Darlehn auch ohne Hinzuthun der Stipulation schon im einfachen Consens der Contrahenten zur rechtlichen Wirkung gelangt. Hätte die Römische Rechtsentwickelung aber etwa diesen Schritt nicht gethan, und wäre für das Darlehn zu allen Zeiten die Stipulation zur Nothwendigkeit gemacht, so wäre damit die Realnatur des Darlehns doch keineswegs verleugnet, und wäre noch immer die pecunia credita, das Geben und Nehmen des Darlehns der Ausgangspunkt und das eigentliche Hauptstück der beabsichtigten Obligation geblieben. Das ist nicht anders als im heutigen Recht, wo das Consensprincip, nach

welchem wir jetzt die obligatorischen Verträge behandeln, ebenfalls nicht die Eigenthümlichkeit der Realcontrakte beeinträchtigt.

Zweierlei ist nun zunächst möglich. Entweder folgt im einzelnen Falle die Stipulation zeitlich der bereits geschehenen numeratio pecuniae nach, oder es liegt umgekehrt, daß mit der Stipulaton begonnen wurde in Erwartung späterer Auszahlung des Darlehns. Natürlich ist dieser zweite Fall derjenige, auf welchen es für unsere Betrachtung am meisten ankommt, da ja im übrigen die Stipulation die rechtliche Bedingung ihrer Wirksamkeit schon als erfüllt vorfindet.

Den nächsten Anhaltspunkt bietet uns ein Wort des schon benutzten Fr. 7 D. de novat. 46, 2. Mit der Entscheidung, daß der Darlehnsstipulation nicht etwa eine novatorische Bedeutung zukomme (quia id agitur, ut sola stipulatio teneat), verbindet sich die weitere Begründung: magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri. Das heißt aber, daß der Stipulation vor Auszahlung des Darlehns noch etwas zu ihrer vollen Wirksamkeit fehlt und daß sie der Ergänzung durch die numeratio pecuniae bedürftig ist. Der Stipulationserfolg steht rechtlich unter dieser Bedingung, ohne deren Erfüllung er versagt bleibt, deren Vereitelung ihn beseitigt. Wir haben es mit einer condicio juris zu thun, nach dem Muster des in Fr. 21 D. de jure dotium 23, 3 besprochenen Falles: stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se condicionem hanc, si nuptiae fuerint secutae, et ita demum ex ea agi posse (quamvis non sit expressa condicio), si nuptiae fuerint secutae, constat: quare si nuntius remittatur, defecisse condicio stipulationis videtur. Diese Sätze treffen für eine Stipulation, welche Darlehns halber geschieht, in allen ihren Theilen zu, und darum heißt es: implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri.

Den nächsten Beweis dafür liefert Fr. 2 § 3 D. de doli mali exc. 44, 4, woselbst die verschiedensten Fälle einer Stipulation sine causa besprochen werden. Dem Promittenten wird dann exceptio doli zugesprochen: si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit. Unter den aufgeführten Beispielen befindet sich dann auch unser Fall: si crediturus pecuniam stipulatus nec credidit. Was processualisch diese exceptio doli auf sich hat und zu welchen Folgen sie in Ansehung der Beweislast führt, ist nachher noch zu erörtern. Vor der Hand genügt es, unseren Satz zu belegen, daß dem Stipulator in solcher Lage dolus malus vorgeworfen wird, wenn er aus der Stipulation klagen würde, ohne dieselbe doch durch Auszahlung des Darlehns erfüllt zu haben. Noch unmittelbarer ist das ausgedrückt im

> Fr. 30 D. de reb. cred. 12, 1: qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.

Erst das Geben und Nehmen des Darlehns ergiebt das vinculum juris, als welches die Römischen Juristen das Wesen der Obligation beschreiben. Bis dahin hat es der Darlehnssucher noch in der Hand, seine Haftung hinauszuschieben und zu vereiteln: ne accipiendo se ei obstringat; bis dahin ist trotz Stipulation nur erst von einem creditor futurus die Rede. Wiederum ergiebt sich jene condicio juris: si pecunia fuerit numerata, und erst nach deren Erfüllung erwächst dem Stipulator ein wirksames Klagerecht.

Grade in dieser Beziehung ergiebt sich mit völliger Sicherheit, daß zwischen dem formlosen Darlehnsvertrag und der Stipulation überhaupt kein rechtlicher Unterschied auch im Römischen Recht bestand. Der eine wie der andere hatte die numeratio pecuniae zur Voraussetzung der Wirkung, und wie

das nudum pactum erst re zum Contrakt sich erhob und erst damit obligatorische Kraft gewann, so stand auch bei der Stipulation, trotzdem sie doch das rechtliche Mittel, Verpflichtungen zu begründen, bildete (obligationum firmandarum gratia inducta, wie es bei Paulus V, 7 § 1 heißt), die res noch in der gleichen Beziehung zum Erfolg der Stipulation und die Stipulationsform brachte den Vertrag und das Versprechen um keinen Schritt weiter als der einfache Consens. Zum Belege dieser Behauptung vergleiche man neben einander

> Fr. 11 pr. D. qui potiores 20, 4: potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata; poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.
>
> Fr. 4 D. quae res pignori 20, 3: Titius cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam: quaesitum est, an et prius venditae creditori tenerentur. respondit, cum in potestate fuerit debitoris post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.

Beide Stellen unterscheiden sich nicht in der Entscheidung, sondern nur in deren thatsächlicher Grundlage; die erste behandelt einen formlosen Darlehnsvertrag, die zweite geht von cautio interposita, also von einer Stipulation aus. Gleichmäßig wird aber entschieden, daß die pignoris obligatio erst

von der Auszahlung des Darlehns ihren Ausgang nehme, und gleichmäßig ist die Begründung: poterat non accipere ab eo pecuniam. Ist im ersten Fall die Verpfändung unter ausdrücklicher Betonung jener Bedingung erfolgt (ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata), so ist damit doch nur etwas ohnehin Selbstverständliches zum Ausdruck gebracht, und die zweite Entscheidung kommt von sich selbst aus dazu, das Pfandrecht in der gleichen Weise zu bedingen. Die cautio interposita aber ändert an der rechtlichen Betrachtung überhaupt nichts, sondern ist, wie die Vergleichung der beiden Stellen zeigt, ein rechtlich bedeutungsloses Moment des Thatbestandes. Trotz der Stipulation ist der Stipulator nur erst ein creditor futurus, und sowohl er selbst als auch der Promittent kann den Contrakt vereiteln, indem sie die Bedingung, die der Stipulation noch anklebt, zum Scheitern bringen: qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet ne accipiendo se ei obstringat.

Nun können wir aber auch noch einen Schritt weiter gehen. Zu verlangen ist für den Erfolg der Stipulation nicht blos die numeratio pecuniae als solche, sondern dieselbe muß auch den Erfolg der Eigenthumsübertragung haben, um die Bedingung der Stipulation zu erfüllen. Alles, was die Quellen uns über das a me ad te proficisci und de meo tuum fieri berichten, kommt auch bei stipulatio interposita zur vollen Geltung, und wenn das dare fehlschlägt und Eigenthum nicht übertragen wird, so ist wiederum jene Bedingung nicht in Erfüllung gegangen. Auch dann also liegt noch promissio sine causa vor; denn: si non fit tuum, non nascitur obligatio. Hierfür braucht ein besonderer Beweis gar nicht angetreten zu werden, und es genügt schon, daß überhaupt implendae stipulationis gratia die Numeration verlangt wird; denn diese kann von selbst nicht anders ge-

dacht und gemeint sein. Ferner muß sich die obligatorische Kraft der Stipulation auch umfänglich auf die Summe beschränken, welche dem Promittenten gezahlt worden ist oder nachträglich gezahlt wird, auch wenn in der Stipulation eine höhere Summe versprochen worden ist. Auch dafür ist die Theorie des Realcontrakts maßgebend, daß der Umfang der res und der numeratio pecuniae auch den Umfang der Obligation bestimmt und diese nicht weiter reicht als jene. Daran wird man nicht zweifeln, wenn die Stipulation der numeratio pecuniae voraufgegangen ist. Denn so lange es von der Gesammtsumme heißt, daß der Promittent durch Verweigerung der Annahme des Darlehns seiner Verbindlichkeit auszuweichen im Stande sei, wird man auch bei Annahme eines Theils nur soweit die Stipulation wirksam werden lassen können: der Promittent wird auf die Summe Schuldner, die er nachher vom Gläubiger empfängt. Geht umgekehrt die Auszahlung des Darlehns vorauf, der die Stipulation nachfolgt, so kann es sich bei einer Verschiedenheit der Summen, wo die Stipulation auf Mehr als auf das empfangene Geld lautet, nur um das Wissen oder Nichtwissen des Promittenten handeln. Denn für den Fall des wissentlichen Mehrversprechens würden wir zu demselben Ergebnis geführt, welches sich in dem Satze: consulto dati donatio est ausgesprochen findet. Im Irrthumsfalle aber beschränkt sich die Wirkung der Stipulation doch auf die als Darlehn gegebene Summe und reicht nicht darüber hinaus.

Zum Belege dafür darf ich zunächst auf eine Stelle verweisen, welche zwar nicht von unserer Darlehnsstipulation handelt, mit ihrer Entscheidung aber doch auch für dieselbe maßgebend sein muß, nämlich:

> Fr. 66 § 4 D. solut. matrim. 24, 3: mulier, quae centum dotis apud virum habebat, divortio

facto ducenta a viro errante stipulata erat. Labeo putat, quanta dos fuisset, tantam deberi, sive prudens mulier plus esset stipulata sive imprudens. Labeonis sententiam probo.

Ganz das Gleiche muß von der Darlehnsstipulation gesagt werden, und wiederum bestätigt sich die Abhängigkeit des Stipulationserfolgs von dem gleichzeitig gegebenen und mitwirkenden Moment der res. Hiermit steht auch das Fr. 21 D. de verb. oblig. 45, 1 keineswegs in Widerspruch, obwohl es hier heißt: dicendum est, etiam si nihil sit in dote, centum tamen venire in stipulationem. Diese Stelle handelt, wie v. Salpius, Novation und Delegation S. 281, gezeigt hat, gar nicht von einer Dotalrestitution, sondern von einer Dotalbestellung für neue Ehe; denn es wird dotis nomine stipulirt und promittirt, und dafür allein paßt auch die am Schluß hinzugefügte Vergleichung mit dem legatum dotis nach Maßgabe von c. 3 § 1 C. de falsa causa 6, 44 [1]).

Den unmittelbaren Beleg für die Darlehnsstipulation bilden aber folgende Stellen:

> c. 2 C. de non num. pec. 4, 30: minorem pecuniam te accepisse et majoris cautionem interposuisse, si apud eum qui super ea re cogniturus est constiterit, nihil ultra quam accepisti cum usuris in stipulatum deductis restituere te jubebit.

Hier ist der vorhin aufgestellte Satz unmittelbar bestätigt. Natürlich hängt derselbe mit der schon berührten exceptio doli zusammen, aus welcher später die specielle exceptio non numeratae pecuniae hervorgegangen ist; von dieser soll so-

1) Was freilich von Goldschmidt, Die querella non numeratae pecuniae und die Reichsprozeßgesetzgebung, Jahrbücher für Dogmatik, Band 24 S. 52, nicht berücksichtigt worden ist.

fort die Rede sein. Noch bezeichnender ist aber die Ausdrucksweise in

> c. 9 C. eodem: cum ultra hoc quod accepit re obligari neminem posse constet et stipulatione interposita placita creditor non dederit, in factum dandam exceptionem convenit etc.

Die Auszahlung des besprochenen Darlehns ist vom creditor futurus trotz der bereits erfolgten Stipulation verweigert; so wird zur Entkräftung der Stipulation auf die Regeln des Realcontraktes hingewiesen, daß die Obligation durch das Geben und Nehmen bedingt sei und auch umfänglich nicht über das Maß der res hinausgehe. Das Rescript hat eben kein Bedenken, trotz stipulatio interposita noch von einem Realcontrakt zu sprechen, und bestätigt damit jenes Juristenwort vom re et verbis pariter obligari.

5. Zwischen dem einfachen Consensdarlehn und unserem Real-Verbalcontrakt bestand freilich im Römischen Recht eine sehr erhebliche Verschiedenheit. Das nudum pactum kam erst durch die res zur obligatorischen Wirksamkeit und blieb unwirksam, so oft und so weit es zum Geben und Nehmen des Darlehns nicht kam. Die res war dem Consens gegenüber die juristische civilis causa debendi, Erzeuger und Träger des obligatorischen Erfolges. Grade das verhält sich stipulatione interposita anders, und die Stipulation für sich allein hatte schon den rechtlichen Erfolg, eine Obligation zu erzeugen, und bedurfte dazu des Hinzutreten der res nicht mehr. So kam es, daß die numeratio pecuniae zwar noch sachlich im vollen Maße implendae stipulationis gratia diente, daß aber formell auch beim Ausbleiben der Numeration doch eine Obligation entstanden war und der Schuldner sich einem Misbrauch derselben ausgesetzt sah. Das war die Macht der Form, und insofern stand die una verborum obligatio, von der die

Juristen sprachen, im Vordergrund der Betrachtung. Der Form gegenüber verhält sich die res grade umgekehrt wie beim nudum pactum: denn bei dem letzteren diente sie zur Erzeugung der Obligation, welche ohne sie ausgeschlossen blieb; bei Hinzutreten der Stipulation aber kam die Bedeutung der res nur darauf hinaus, daß ihr Ausbleiben den Anlaß zur Entkräftung und Wiederaufhebung der an sich entstandenen Obligation gewährte. Es ward unter dem Gesichtspunkt des iniquum und des dolus malus betrachtet, wenn der Gläubiger in solcher Lage von seinem Forderungsrechte Gebrauch zu machen gedachte, und dem Schuldner ward deshalb die exceptio doli zur Verfügung gestellt. Unser Fall steht dabei, wie Fr. 2 § 3 D. de doli mali exc. 44, 4 zeigt, nur im Rahmen einer allgemeinen Gruppe von Beispielen und die exceptio doli wird schlechthin gewährt: si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur. Die Institutionen des Gajus beginnen ihre Darstellung der Exceptionen (IV, 115 fg.) sofort mit unserem Beispiel der exceptio doli und rechtfertigen zunächst mit ihr den Satz: saepe accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari. Dabei heißt es dann:

> veluti si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est; dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere.

In den Justinianischen Institutionen finden wir in § 2 J. de except. 4, 13 ganz die gleiche Erörterung; nur ist die exceptio doli mit der speciellen Bezeichnung als exceptio non numeratae pecuniae vertauscht, unter Hinzufügung eines auf die später darüber ergangenen Gesetze verweisenden Zu-

satzes. So haben wir auch im Codex Justinianeus einen besonderen Titel: de non numerata pecunia (4, 30). Neben der Anfechtung ope exceptionis hat aber die Theorie der Römischen Juristen, wie in den übrigen Fällen der promissio sine causa, so auch hier eine Liberationscondiktion zur Anerkennung gebracht. Besonderen Beleg für beide Rechtsmittel gleichzeitig erbringt uns

> c. 7 C. de non num. pec. 4, 30: si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per condictionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis.

Die späteren kaiserlichen Constitutionen haben dem Schuldner jedoch die Benutzung dieser exceptio in bestimmter Frist vorgeschrieben, deren Ablauf also ihn dem Gläubiger gegenüber von jener Beanstandung der Klage ausschließen soll. So konnte Justinian also zwar im übrigen die Beschreibung des Gajus aufnehmen, mußte aber, wie gesagt, hinzufügen: cujus tempora nos, secundum quod jam superioribus libris scriptum est (vgl. natürlich tit. J. de literarum obligatione 3, 21), constitutione nostra coartavimus. Das Justinianische Gesetz hierüber war freilich durch ältere Vorgänger vorbereitet, und wer die Reihe der Constitutionen im Titel de non numerata pecunia durchgeht, findet zuerst in der c. 8 von Alexander Severus die Erwähnung eines tempus legibus definitum, innerhalb dessen der Gläubiger in eine querimonia hineingezogen werden soll. So war denn seit dieser Zeit, so oft von der exceptio non numeratae pecuniae praktischer Gebrauch gemacht werden sollte, auf das tempus legitimum hinzuweisen und nur innerhalb desselben dem Schuldner die Anfechtung der Stipulation zu gestatten.

Um nun aber die exceptio doli oder non numeratae pecuniae in ihrer Wirkung gegenüber der formellen Kraft der Stipulation richtig zu beurtheilen, bedarf es noch des Eingehens auf die processuale Seite des Verhältnisses, wie sich im einzelnen Falle das Parteiverhältnis gestaltet. Das kommt aber wesentlich auf die Frage der Beweislast hinaus, deren Bedeutung freilich dann, wenn alle erforderlichen Beweise zur Hand sind und ohne Mühe geführt werden können, nur eine geringe ist. Sobald es aber für die entscheidenden Thatsachen an Beweismitteln gebricht, hat bekanntlich das onus probandi seine sehr greifbare und für den letzten Ausgang der Processe unmittelbar entscheidende Wichtigkeit. Wie ist hier also die Beweislast vertheilt?

Das ist nun allerdings ein sehr streitiges Gebiet, auf welchem erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen. Das liegt freilich zum Theil schon darin begründet, daß thatsächlich die Lage eine sehr verschiedene sein kann, und daß der klagende Gläubiger, dem die exceptio doli entgegengehalten wird, grade in Ansehung des Beweises und der Beweismittel bald günstiger, bald ungünstiger gestellt ist. Zunächst verschlägt es freilich nicht viel, ob über die Stipulation eine Urkunde aufgenommen ist oder nicht. Denn wir können immerhin davon ausgehen, daß die Stipulation als solche nicht bestritten wird und des Beweises also nicht bedürftig ist. Dann aber kann die cautio ihrerseits verschiedenartig lauten und namentlich muß es einen Unterschied machen, ob sie von der Darlehnsgabe als geschehen Zeugnis ablegt oder nicht. Die beiden Urkunden, von welchen Fr. 40 D. de reb. cred. 12, 1 und Fr. 126 § 2 D. de verb. oblig. 45, 1 berichten, enthalten z. B. eine Empfangsbescheinigung: scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo, und: Chrysogonus Flavii Candidi servus actor scripsit

coram subscribente et adsignante domino meo, accepisse eum a Julio Zosa mutua denaria mille. In solchen Fällen steht also dem Beklagten, der den Empfang des Darlehns bestreitet, zunächst sein eigenes Geständnis gegenüber, und die Lage ist processualisch selbstverständlich eine andere, als wenn die cautio über die numeratio pecuniae nichts enthält. Weiter kommt aber in Betracht, daß im Leben vielfach eine Zahlung zugesagt wird, welche aus irgend welchen anderen Gründen geschuldet oder versprochen wird und als Darlehnsschuld nur fälschlich bezeichnet wird. Dann ist stipulirt und cautio ausgestellt, entweder nur unter Benutzung eines herkömmlichen Formulars, also ohne eigentliche und besondere Absicht, oder es sollte gradezu einer Schuld die Natur als Darlehnsschuld absichtlich verschafft werden. Wiederum muß sich ergeben, daß die exceptio non numeratae pecuniae hier in ganz anderer Lage sich befindet als in den übrigen Fällen. Vgl. z. B.

> c. 5 C. de non num. pecun. 4, 30: ignorare non debes non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur, cum autem ex praecedenti causa in chirographum quantitas redigitur, non requiri, an tunc cum cavebatur numerata sit, sed an justa causa debiti praecesserit.
>
> c. 3 C. de postulando 2, 6.
>
> c. 4 C. de cond. ob caus. 4, 6.
>
> c. 1 C. de cond. ob turp. caus. 4, 7.

Um also allen Verwickelungen aus dem Wege zu gehen und unsere Frage so einfach als möglich zu gestalten, frei von allen Nebenrücksichten, ist bei dem ersten und nächsten Fall stehen zu bleiben, daß nichts als die Thatsache der Stipulation vorliegt und daß jedenfalls eine begleitende cautio ein

Empfangsbekenntnis nicht enthält, sowie die Frage in solcher Isolirung rein theoretisch aufgeworfen wird: qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, oder: si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis.

Die Antwort hierauf finden wir nun in

> c. 3 C. de non num. pecun. 4, 30: si ex cautione tua conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur.

Die Beweislast soll also auf Seiten des Klägers liegen, ungeachtet er durch die Stipulation als solche zum Gläubiger gemacht und ex cautione zur Klage berechtigt ist; die exceptio doli aber belastet den Beklagten mit keiner eigenen Beweispflicht, und es steht processualisch so, daß mit ihr schließlich doch nur der Klagegrund bemängelt wird. Man vergleiche: wenn ohne Stipulation kraft des Realcontraktes eine condictio mutui angestellt wird, so gehört die numeratio pecuniae von selbst mit zu den Klagethatsachen, welche der Kläger in judicio zu erweisen hat; die Stipulation aber, wiewohl sie una verborum obligatio ergiebt, hilft dem Kläger doch nicht über jene Beweislast hinweg und ist nicht geeignet, dieselbe auf die Schultern des Gegners zu wälzen. Vgl. noch

> c. 10 C. de non num. pec. 4, 30: adseveratio debitum solutum contendentis temporis diuturnitate non excluditur nec huic obloquitur, quod exceptio non numeratae pecuniae certa die non delata querella prius evanescat, cum inter eum, qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem, cujus naturali ratione probatio nulla est, et ob hoc ad

petitorem ejus rei necessitatem transferentem magna sit differentia.

Hier wird die Beweislast des Klägers aus der naturalis ratio abgeleitet. Diese dürfte m. E. aber in demjenigen zu suchen sein, was im Obigen über das simul utroque obligari ausgeführt ist, daß auch trotz der Stipulation sich das Darlehn als einen Realcontrakt zu erkennen giebt, oder daß die Stipulation, wiewohl sie formell zu verborum obligatio führt, doch die Realnatur des Geschäftes nicht zu unterdrücken im Stande ist. So spricht auch noch

> c. 1 C. de probat. 4, 19: ut creditor, qui pecuniam petit, numeratam implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutum affirmat, ejus rei probationem praestare debet.

Allerdings lassen die beiden zuletzt genannten Stellen nicht unmittelbar erkennen, daß sie von einem Verbalcontrakt (stipulatio interposita) sprechen, und man könnte geneigt sein, sie vom einfachen, formlos gegebenen Darlehn zu verstehen; doch indem wenigstens die erste von der querella und der exceptio non numeratae pecuniae spricht, ist damit eben die cautio unterstellt und der Satz der c. 3 C. de non num. pec. 4, 30 in der That wiederholt.

Nun weiß ich wohl, daß gegenüber dieser Beweislast des klagenden Gläubigers noch eingewendet worden ist, sie setze doch noch wieder eine voraufgehende Beweisführung des excipirenden Schuldners voraus, denn es müsse zuvor feststehen, daß die Stipulation in der Erwartung künftiger Zahlung der Darlehnssumme abgeschlossen sei, also um einer causa futura willen, und dafür sei der beklagte Schuldner beweispflichtig. Das kommt zuletzt auf die Frage hinaus, ob aus einer Stipulation geklagt werden könne, ohne daß der Gläubiger in

judicio genöthigt sei, von sich aus die causa stipulandi klar zu legen; und wir gerathen damit in den Streit über die cautio quae indiscrete loquitur. Daß die bekannten beiden Stellen, welche davon im Corpus Juris handeln, Fr. 25 § 4 D. de probat. 22, 3 und c. 13 C. de non num. pec. 4, 30, ihre gegenwärtige Fassung, in welcher sie uns überliefert sind, erst der Umgestaltung durch die Compilatoren verdanken, ist eine sehr verbreitete Meinung. Jedenfalls enthalten sie aber den Satz, daß der klagende Gläubiger von sich aus die Beweislast in Ansehung der causa stipulandi habe, von welcher er nur durch die cautio selbst entlastet werden könne, so oft diese ihrerseits eine bestimmte Aussage über die causa enthalte. Warum nun annehmen, daß dieser Rechtssatz erst jungen Datums sei und erst der letzten Periode angehöre? Ich kann nicht finden, daß er etwas enthielte, was uns gegenüber den sonstigen Ueberlieferungen als fremdartig erscheinen müßte und daß er mit mißtrauischen, scheelen Blicken zu betrachten sei.

Ich habe diese Meinung auch in meinen Pandekten an mehreren Stellen zum Ausdruck gebracht, vgl. z. B. § 198 und § 235 derselben. In letzter Linie wird die Auffassung maßgebend sein, welche über Wesen und Wirkung der Stipulationen überhaupt gehegt wird. Die Stipulation ist mit nichten ein Formalcontrakt in solchem Sinne des Worts, daß sie mit dem modernen Wechsel verglichen werden könnte und dürfte. Auch das ist freilich eine beliebte Vorstellung, welche aber doch so unbegründet wie möglich ist. Wohl hat das Römische Recht mit den Stipulationen eine bestimmte Form des rechtsgeschäftlichen Vorganges zur Vorschrift gemacht und hat den obligatorischen Erfolg für das nudum pactum als Regel verweigert. Dabei ist aber keineswegs die Lage eine solche geworden, daß nun durch die Form alle anderen Rücksichten zurückgedrängt wären und daß die Form namentlich

das Causalmoment aus der ihm bei den Obligationen zukommenden Bedeutung verdrängt hätten. Indem wir freilich in der heutigen Systematik Formalverträge und materielle Verträge einander gegenüberzustellen pflegen, bereiten wir uns selbst den Schein, als stände bei jenen die Form statt der causa zur Betrachtung, und so wird auch für die Stipulationen die Meinung vertheidigt, daß bei ihnen der Form als solcher die Kraft zugekommen sei, das Versprechen von seiner causa ganz abzulösen. Erst von hier aus erscheint es als ein Widerspruch, wenn der klagende Gläubiger gleichwohl mit dem Beweis über die causa belastet wird und z. B. bei den Darlehnscautionen den Beweis der Auszahlung des Darlehns zu führen angewiesen wird; von daher also alle Bestrebungen, den Text jener Quellenstellen für interpolirt auszugeben, weil er zu jenem Dogma nicht passen will und dasselbe zu stürzen droht.

Solche Gründe aber, wie sie jetzt unter der Geltung des Consensprincipes zu besonderer Behandlung der Formalcontrakte führen und hier die Form als ein Mittel zur Erreichung selbständiger Zwecke erscheinen lassen, haben sicherlich nicht den römischen Satz von der Nothwendigkeit der Form und der Unverbindlichkeit des nudum pactum hervorgerufen und beeinflußt. Das Römische Recht wollte die Form, ohne mit ihr solche Absichten zu verbinden, wie wir jetzt etwa einen Wechsel ausstellen. Entstanden ist die Stipulation zu einer Zeit, wo die Form überhaupt das Rechtsleben beherrschte, so daß dieselbe auch obligationum firmandarum gratia unerläßlich werden mußte. Der Zweck der Form war also ein allgemeiner, nicht ein besonderer, und ohne Form überhaupt keine Obligation möglich. Sind dann später Ausnahmen anerkannt, Realcontrakte und Consensualcontrakte, welche auch ohne die altüberlieferte Stipulationsform vollgültige Obligationen erzeugen durften, so hat sich damit für die Regel doch die Be-

deutung der Stipulation nicht verändert, und es ist unzulässig, jetzt der Stipulation solche Natur zuzuschreiben, daß sie die Bedeutung der **causa stipulandi** zurückzudrängen geeignet sei. Immer ist zu wiederholen: die Stipulation war die Contrakts-form des gemeinen Rechts, nicht eine Ausnahme, bei welcher um der Form willen die gewöhnlichen Regeln des Obligationen-rechtes eine Abänderung erfahren sollten.

Zur Bestätigung dieser Auffassung ist nun, wie ich meine, die Summe dessen, was hier über das **simul utroque obligari** ausgeführt ist, von besonderer Bedeutung. Die Natur einer Obligation als Darlehnsschuld bleibt unverändert dieselbe trotz hinzutretender Stipulation; Form und Inhalt der Verträge stehen noch in keiner Weise einander feindlich gegenüber, sondern wirken mit einander gemeinschaftlich auf Dasein und Geltendmachen der Obligationen ein. Erst das heutige Recht kommt vom Boden des Consensprincipes dazu, den Formal-contrakten besondere Eigenheiten zuzuschreiben.

Bei v. Salpius, Novation und Delegation, schließt im § 36 die Erörterung über die **exceptio non numeratae pecuniae** mit der Behauptung, die Stipulation bilde im Justinianischen Recht nur noch das Gefäß, in welchem der materielle Inhalt der Verträge zur Geltung und, wo er diese an sich nicht habe, zur Klagbarkeit komme; eine Stipulation ohne materiellen Inhalt erzeuge keine Verbindlichkeit mehr, sie brauche nicht mehr, wie im alten Recht, erst durch eine Einrede angefochten zu werden, sondern sei von vornherein wirkungslos. Ich stelle die Gegenbehauptung, daß so, wie in diesen Worten beschrieben, nicht erst eine spätere Umwandlung das Wesen der Stipulationen hergestellt hat, sondern daß die Stipulation zu allen Zeiten nur jenes Gefäß gewesen ist, in welchem der materielle Inhalt der Obligationen zur rechtlichen Erscheinung und Geltung gekommen ist, und daß aus der

Form niemals Schlüsse zum Nachtheil des Inhalts und der causa gezogen worden sind. Daß die exceptio doli, mit welcher den Stipulationen entgegengetreten wird, den Excipienten zu den erforderlichen Beweisen gedrängt habe, läßt sich m. E. nicht nachweisen, und gerade bei der Darlehnsstipulation finden wir das Gegentheil.

Nachtrag.

Weitere Nachforschungen haben mich noch auf folgende Stellen geführt, welche das oben Ausgeführte ebenfalls bestätigen.

Fr. 2 § 5 D. de reb. cred. 12, 1.

Fr. 3 § 4. Fr. 4—6. Fr. 7 § 7 D. de SCto Maced. 14, 6.

Die Stipulation dient nur zur Befestigung der Obligation im formellen Sinn, verändert aber den Charakter der Obligation nicht, und so heißt es: **verbis quoque credimus quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.** Und nicht auf die verba kommt es für die Beurtheilung der Obligation an, sondern auf das Moment der res, und also heißt es: **quod vulgo dicitur filiofamilias credi non licere, non ad verba referendum est, sed ad numerationem.** Es wiederholt sich auch hier die Bemerkung, daß die Zahlung gleichsam noch die Bedingung der Stipulation bedeutet und erst durch sich die Obligation zur Wirksamkeit bringt: **expleta est numeratione substantia obligationis.** Diese Substanz der Obligation aber heißt Darlehnsschuld, **creditum,** und darum wird auch **exceptio SCti Macedoniani** zuständig, trotz der These von der **una verborum obligatio.** Selbst wenn **alius mutuam dedit, alius stipulatus est,** wird die Exceptio auch noch wider den letzteren zuständig: **dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit.** Zum Verständnis dieser Stelle braucht nur an Fälle wie in **Fr. 126 § 2 de verb. obl. 45, 1** erinnert zu werden. Immer bestätigt sich, daß Darlehnsschuld und was daraus folgt, immer dieselbe ist, mag stipulirt sein oder nicht.

II.

Die rechtsverfolgende Einrede.

Von Dr. **August Thon** in Jena.

I.

Zur Vertheidigung wider einen erhobenen Anspruch steht dem Beklagten die Möglichkeit zu, neben dem Bestreiten der Klagthatsachen sowie neben der Bekämpfung des aus letzteren abgeleiteten Begehrens einredeweise neue Thatsachen zu seinem Schutze vorzubringen. Eingetheilt aber werden diese letzteren Vertheidigungsmittel nach der seit lange herrschenden Lehre in verneinende und excipirende Einreden: jene bestehend in dem Vorbringen von Thatsachen, welche den Anspruch als niemals entstanden oder doch als wieder weggefallen erscheinen lassen — wonach die verneinenden Einreden wieder in rechtshindernde und rechtsvernichtende Einreden zerlegt werden — diese beruhend auf dem Vorbringen von Thatsachen, welche den Anspruch des Klägers an sich bestehen lassen, aber seine Wirksamkeit hemmen, im Großen und Ganzen zusammenfallend mit den Exceptionen der Römer.

Einen Angriff hat diese Lehre, gegen welche früher schon ähnliche, inzwischen jedoch verhallte Verwahrungen eingelegt worden waren,

vgl. die ältere Literatur bei Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen (1876) S. 38 fg.,

insofern mehrfach erfahren, als die Einkleidung der Vertheidigung in die Form der exceptio lediglich mit einer historischen Eigenthümlichkeit des klassischen römischen Prozesses begründet wurde; sei es nun, daß die ipso iure zustehende Vertheidigung m Gegensatz zu der per exceptionem lediglich auf den Unterschied von civilem und prätorischem Rechte, von ius und iurisdictio,

Krüger, Processual. Consumtion (1864) § 55 S. 19 fg. und Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII (1868) S. 228.

von Bar, Ueber Prozeßeinreden, Archiv für die civil. Praxis LII (1869) S. 459.

Eisele, Die materielle Grundlage der exceptio (1871).

Brinz, Kritische Vierteljahrsschrift XIV (1872) S. 206 fg. und Pandekten, (2. Aufl. 1873) I § 305 fg. S. 367 fg.

Schloßmann, Zur Lehre vom Zwang (1874) S. 27. 28.

Lenel a. a. O. und Beiträge zur Kunde des prätorischen Edikts (1878) S. 109 A. 9.

Sohm, Institutionen § 40 unter II (1. Aufl. 1884 S. 141 fg.)

oder doch auf den Unterschied von civiler und prätorischer Defension zurückgeführt wurde:

Zimmermann, Kritische Bemerkungen (1872) S. 27. 34,

sei es, daß die Exceptionen auf Momenten beruhen sollen, „deren Berücksichtigung außerhalb des officium iudicis liegt"

Bekker, Aktionen II (1873) S. 279 und System des heutigen Pandektenrechts I (1886) S. 91

oder auf einem Gegensatz von aequitas und rigor iuris, der nicht mit ius praetorium und ius civile zusammenfällt.

Birkmeyer, Die Exceptionen im bonae fidei iudicium (1874) S. 297.

Ob aber unsere heutige Rechtswissenschaft Anlaß habe, neben die verneinende Einrede noch ein zweites Glied zu

stellen, das man etwa als Exception bezeichnen könne, oder ob es nur eine Art von Einreden noch gebe, nämlich solche, welche den Rechtsbestand des klägerischen Anspruchs verneinen, darüber ist auch unter den Genannten kein Einverständniß erzielt worden.

Eisele (S. 122) unterscheidet „direkte und indirekte Wirksamkeit". Brinz, der die Frage „Giebt es noch Exceptionen?" im Allgemeinen verneint, läßt doch die dilatorischen und die zur Anfechtung dienenden Einreden fort und fort Exceptionen sein, „von gemeinen Einreden dadurch unterschieden, daß sie gegen rechtsbeständige Ansprüche gerichtet sind." Birkmeyer (S. 298) glaubt die exceptio nicht entbehren zu können als Mittel bloßer Anfechtung sowie bei Berufung des Beklagten auf ein selbständiges Gegenrecht, endlich aber auch in den immer noch vorkommenden Fällen, in denen eine aequitatis defensio noch nicht zur iuris defensio geworden sei — während Zimmermann (S. 28) und Lenel (Exceptionen S. 137) für das heutige Recht nur eine einzige Art materiell-rechtlicher Vertheidigung anerkennen: „Verneinung der Existenz des erhobenen Anspruchs".

Vergl. auch Schultze, Privatrecht und Prozeß (1883) S. 330 Anm. 1 S. 340. 380.

Ausgehend von allgemeinen Untersuchungen über das Wesen des Rechts,

Rechtsnorm und subjektives Recht 1878 S. 261 fg.

hatte ich früher zu den gedachten Streitfragen Stellung nehmen müssen und war ich hierbei zu dem Ergebnisse gekommen:

„Unser heutiges Recht kennt zwei Arten der Vertheidigung, die völlig von einander verschieden sind: Vertheidigung durch Verneinung des klägerischen Anspruchs und Vertheidigung durch Erhebung eines Gegenanspruchs — jene bewirkt durch das Anführen rechtshindernder oder rechtsvernichtender

Thatsachen, diese sich stützend auf einen Anspruch des Beklagten gegen den Kläger. Zu den verneinenden (rechtshindernden und rechtsvernichtenden) Einreden treten noch die rechtsverfolgenden Einreden hinzu."

Seitdem hat die Kategorie der „rechtsverfolgenden Einreden" hin und wieder Anklang und Aufnahme:

Schwalbach, Vom Verhältniß der Einreden zur Klagverjährung. Jahrbuch für Dogmatik XIX (1881) S. 67.

Wildhagen, Ueber die Verjährung der Einreden, Jahrb. für Dogmatik XXI (1883) S. 21, s. aber S. 22 Anm. 1.

Burckhard, System des österreichischen Privatrechts Thl. II (1884) § 123 S. 581.

Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht (1886) S. 150 fg.

Auch Wach, Vorträge (1879) spricht S. 105 106 von „rechtsverfolgenden Einreden"

oft aber auch Widerspruch und Ablehnung gefunden.

Vgl. neuerdings Wendt, Pandekten (1888) § 96 S. 265.

Auch der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs schließt sich im Wesentlichen der herrschenden Lehre an. Zwar wird der Begriff der „Einrede" nicht näher bestimmt und nur deren Wirkung dahin umschrieben, daß durch sie „die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird".

§ 182. 737. 1093. 1192 des Entwurfs.

Allein die Motive lassen erkennen, in welchem Sinne dies gemeint sei. Sie unterscheiden den Einredebegriff des materiellen Rechts und den des Proceßrechtes. „Einreden im Sinne des materiellen Rechtes sind nur Umstände — — —, welche die Befugniß gewähren, die Befriedigung eines An-

spruches verweigern zu dürfen, obwohl der Anspruch an und für sich besteht. Die sog. rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen entziehen mit und durch ihren Eintritt dem Rechte seinen Bestand; gegen ein nicht oder nicht mehr vorhandenes Recht bedarf es materiell keiner Vertheidigung." Solche Thatsachen gewähren daher nur eine Einrede im Sinne des Proceßrechts.

Motive I S. 359 vgl. mit S. 342.

Zweck dieser Ausführungen ist nun, den Begriff der rechtsverfolgenden Einrede nochmaliger Prüfung zu unterziehen — einmal zu zeigen, daß anerkannte Grundsätze unseres heutigen Rechtes allerdings zur Aufstellung einer besonderen Kategorie von Einreden neben den verneinenden Einreden nöthigen — daß weiter das innere Wesen jener Einreden deren Bezeichnung als „rechtsverfolgende Einreden" rechtfertigt — endlich aber daß diese Gruppe sich keineswegs deckt mit der der römischen Exceptionen.

II.

Am greifbarsten ergiebt sich der Gegensatz zwischen verneinenden Einreden und denjenigen, die ich rechtsverfolgende nennen möchte, falls wir etwa die Einrede der Zahlung vergleichen mit der Einrede der Aufrechnung oder mit der des nicht erfüllten Vertrages oder mit denjenigen Einreden, die auch Brinz noch als Exceptionen gelten läßt, mittelst derer der Beklagte das Rechtsgeschäft anficht, welches die Grundlage des geklagten Anspruchs bildet.

Betrachten wir uns zunächst die Anfechtungseinreden.

Der Begriff der „Anfechtung" kann gegenwärtig, nachdem der Angriff Schloßmann's, zur Lehre vom Zwang S. 20 fg., allseitig abgewiesen worden ist, als gesichert betrachtet werden.

„Anfechtbarkeit bedeutet nicht sowohl eine Art, als einen Gegensatz der Ungültigkeit" —

Wendt, Pandekten § 61 S. 164

insofern das anfechtbare Rechtsgeschäft die ihm zukommende Wirkung zwar erzeugt, derselben jedoch wieder entkleidet werden kann — und zwar durch eine bestimmte, von der Rechtsordnung zu diesem Zwecke gegebene Reaktion Seitens des Anfechtungsberechtigten. Und da sonach der Fortfall der Geltung nach dem Willen der Rechtsordnung in dem Belieben des Anfechtungsberechtigten liegt, kann die Anfechtbarkeit bezeichnet werden als „die durch dispositive Rechtsvorschrift angeordnete Ungültigkeit".

Fr. Endemann, Ueber die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze (1887) S. 97.

Die Mittel der Anfechtung, welche die Rechtsordnung dem Anfechtungsberechtigten zur Verfügung stellt, können sehr verschiedener Art sein. Zumeist ist letzterem auch die Möglichkeit gegeben, im Wege der Einrede die Anfechtung des Geschäfts zu bewirken, aus welchem Klage erhoben wird.

A. M. Lenel, Exceptionen S. 136.

Von den verneinenden Einreden, z. B. von der Einrede geschehener Zahlung, unterscheidet sich die Anfechtungseinrede praktisch in einer Reihe von Punkten. Und zwar stehen sich echte und unechte Anfechtung, Begehren der Ungültigkeitserklärung durch richterlichen Spruch und Begehren der Verurtheilung des Gegners zur Wiederaufhebung des Geschäfts in diesen Beziehungen gleich: so daß ich kurzweg nur von Anfechtung im Allgemeinen reden will.

Zunächst unterscheidet sich die Anfechtungseinrede von der verneinenden in der Art, wie sie vorgebracht werden muß, damit der Richter sie berücksichtigen darf.

Freilich werden die Thatsachen, welche eine verneinende

Einrede begründen, ebenso wie die, auf welche eine Anfechtungseinrede gestützt wird, dem Richter vorgetragen werden müssen — und selbst Gerichtskundigkeit einer erfolgten Zahlung z. B. könnte das Vorbringen Seitens einer Partei nicht ersetzen, da Gerichtskundigkeit nur den Beweis des Vorgebrachten, nicht aber das Vorbringen selbst überflüssig macht.

A. M. Dernburg, Pandekten 2. Aufl. § 137 S. 313, § 120 S. 278.

Bei dieser „Stoffvorlage" ist es jedoch völlig gleichgültig, welche Partei die Thatsachen vorträgt, die eine verneinende Einrede begründen.

So schon von Bar a. a. O. S. 454. 462.

Geht aus dem eigenen Vortrage des Klägers hervor, daß sein Anspruch niemals entstanden oder hinweggefallen ist, so erscheint der Klagantrag nicht gerechtfertigt und die Klage muß abgewiesen werden, wenn auch der Beklagte im Verhandlungstermine nicht erscheint. CPO. § 296.

Allegirt jedoch Kläger Thatsachen, auf welche hin Beklagter eine Anfechtung des im Uebrigen die Klage begründenden Rechtsgeschäfts stützen könnte, so muß der Richter dennoch beim Nichterscheinen des Beklagten Versäumnißurtheil wider letzteren erlassen. Denn die Anfechtbarkeit des Geschäfts ist noch nicht dessen Anfechtung: diese aber steht nur in dem Belieben des Anfechtungsberechtigten, nicht aber in dem dritter Personen, auch nicht in dem des Anfechtungsgegners. Nur wenn der anfechtungsberechtigte Beklagte selbst die Anfechtungseinrede vorschützt, liegt Anfechtung vor und hat der Richter solche nach ihrer Begründung zu prüfen. Die Anfechtungseinrede ist „nicht bloß Allegation, sondern zugleich Willensaktion, nicht bloß Thatsachenerzählen, sondern zugleich Rechtshülfegesuch".

Meine Rechtsnorm S. 269.

Mit vollem Rechte spricht daher auch das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 § 5 von „Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede".

Zu diesem einen unterscheidenden Momente — welches kürzlich als Antragserforderniß im Gegensatz zu der bei den verneinenden Einreden genügenden Stoffvorlage bezeichnet werden mag — treten noch weitere hinzu.

Da das anfechtbare Rechtsgeschäft vor geschehener Anfechtung noch seine Wirkungen äußert, wird der daraus entspringende Anspruch zwischen dritten Personen noch als vorhandener Anspruch gelten müssen. Haben sonach zwei Personen eine **societas omnium bonorum** geschlossen — oder hat Jemand seine sämmtlichen Ansprüche gegen eine bestimmte Person um einen Gesammtpreis einem Dritten verkauft — oder hat der Erbe eine ihm zugefallene Erbschaft einem Dritten veräußert, so wird aus dem erstgedachten Geschäfte antheilige Cession sämmtlicher Ansprüche, aus dem zweiten Cession sämmtlicher Ansprüche gegen jenen Schuldner, aus dem dritten endlich Cession aller zur Erbmasse gehörigen Ansprüche begehrt werden können.

> **l. 1 § 1 l. 3 pr. D. pro socio 17,2. l. 2 § 3. 8 D. de hereditate vendita 18,4.**

Und zur Begründung dieses Cessionsverlangens wird im Streitfalle der Nachweis genügen, daß und welche Ansprüche einmal entstanden seien. Der Beklagte aber wird sich der Verurtheilung zur Cession derjenigen Ansprüche entziehen können, denen gegenüber er das Dasein einer verneinenden Einrede nachweist. Ein Anspruch ist dann nicht vorhanden, der übertragen werden könnte und müßte.

Nicht so, wenn der Beklagte die Möglichkeit einer Anfechtungseinrede behauptet und nachweist: denn bis zu gesche-

hener Anfechtung ist der Anspruch vorhanden und um deßwillen übertragbar.

Vermögensrechtliche Ansprüche aus anfechtbaren Rechtsgeschäften bilden zur Zeit noch für den Gläubiger Bestandtheile seines Vermögens. Hiernach genügt auch, daß der Schuldner aus einem, wenn auch anfechtbaren Rechtsgeschäfte innerhalb des Deutschen Reichs seinen Wohnsitz hat, um gegen den im Auslande wohnhaften Gläubiger den Gerichtsstand des Vermögensbesitzes gemäß § 24 CPO. zu begründen.

Entscheidungen des Reichsgerichts VII S. 325 — anerkannt zunächst bezüglich einer der Compensation ausgesetzten Forderung. Die Entscheidung VII S. 309 hat französisches Recht im Auge.

Zweifellos wird auch ein Anspruch trotz der ihm drohenden Anfechtungseinrede der geordneten Verjährung unterfallen. Letztere wird, wie auch der Entwurf § 162 anerkennt, nicht dadurch gehemmt, daß der Anspruch der Anfechtung unterliegt. Andererseits kann dem Anfechtungsanspruche die Verjährung laufen oder der Anfechtungsbefugniß eine zeitliche Grenze gesetzt sein. Doch soll auf die Verjährungsfrage weiterhin noch des Näheren zurückgekommen werden.

Wo die Anfechtung, wie nach gemeinem Rechte regelmäßig, durch Erhebung eines besonderen Anfechtungsanspruchs zu erfolgen hat — einerlei im Uebrigen, ob sich hierfür in dem besonderen Falle nur der Weg der Klage oder auch der der Einrede bietet — unterfällt der Anfechtungsanspruch auch sonst denjenigen Erlöschungsgründen, die den Ansprüchen überhaupt rechtlich gesetzt sind. So kann namentlich Verzicht den Anfechtungsanspruch beseitigen. Verzicht aber ist hier Verzichtvertrag, nicht einseitiger Verzicht. Daß daneben auch einseitige Handlungen des Anfechtungsberechtigten als Bestätiguug des anfechtbaren Geschäfts erscheinen und positivrechtlich eine Con-

valescenz des letzteren herbeiführen können, gehört zu dem Sonderrecht einzelner Anfechtungsfälle.

Die nämlichen Rechtssätze, die für die Anfechtungseinrede gelten, sind auch für die Compensationseinrede maßgebend.

In der Wissenschaft ist jetzt fast allgemein, in der Rechtsprechung überall anerkannt, daß das Gegenüberstehen zweier gleichartiger Forderungen diese letzteren noch nicht aufhebt. Zur Aufrechnungsmöglichkeit muß noch die Aufrechnung treten: diese aber, mag sie im Processe erfolgen oder außergerichtlich, ist wiederum nicht Thatsachenerzählen, sondern Willenskundgebung. Daher hat der Kläger eine Abweisung seiner Klage nicht zu besorgen, wenn er — ohne selbst aufzurechnen — das Dasein einer Gegenforderung auf Seiten des Beklagten behauptet;

Entscheidungen des RGs. VII S. 325,

daher ist eine Forderung, auch wenn ihr eine Compensationseinrede entgegengesetzt werden kann, zur Zeit noch als Forderung und damit als Vermögensstück des Gläubigers zu betrachten;

Entscheidungen des RGs. VII S. 325,

daher unterliegt der Anspruch, trotz der Möglichkeit seiner Tilgung durch Compensation, der ihm gesetzten Verjährung:

Entwurf § 162,

wie umgekehrt mit einem verjährten Anspruche nicht mehr aufgerechnet werden kann:

Entwurf § 281 vgl. mit § 182.

Nicht ganz so glatt und außer Streit liegen die Verhältnisse bezüglich der exceptio non adimpleti contractus.

Als feststehend wird zwar h. z. T. bezeichnet werden können, daß zur Begründung der aus einem gegenseitigen Geschäfte abgeleiteten Klage die Behauptung nicht erforderlich sei, der Kläger habe seinerseits erfüllt oder sei doch mindestens

jetzt zur Erfüllung bereit. Sogleich mit dem Abschlusse des Geschäfts sind auf beiden Seiten Verpflichtungen entstanden, zu deren Erzwingung auch einem jeden Theile sofort ein Anspruch erwächst. Beweis hierfür ist, daß nach der jetzt allgemein herrschenden Lehre die Verjährung beider Ansprüche sofort mit dem Geschäftsabschlusse beginnt.

von Vangerow, Pandekten 7. Aufl. (1869) III § 607 S. 286.

Unger, System des österreichischen Privatrechts 4. Aufl. (1876) II § 120 A. 7 S. 410. 411.

Windscheid, a. a. O. § 109 N. 3 I. Bd. S. 354.

Schwalbach, a. a. O. S. 65.

Wildhagen, a. a. O. S. 19. 46.

Kohler, Recht und Proceß, Grünhut's Zeitschrift XIV (1887) S. 18.

Demzufolge ist aber auch die Verpflichtung eines jeden Theils zunächst eine völlig selbständige. Wenn Windscheid mit Recht bemerkt:

„Die richtige Formel ist nicht: jeder Kontrahent ist nur verpflichtet zur Leistung gegen Gegenleistung" (II S. 241)

so erregt doch auch seine eigene Fassung Bedenken:

„Die richtige Formel ist: jeder Kontrahent ist nur dann verpflichtet, seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage zu erfüllen, wenn auch der andere Kontrahent sie erfüllt."

Die Rechtsordnung legt vielmehr einem jeden Theile — beim Kaufe mithin dem Verkäufer wie dem Käufer — die Verpflichtung auf, die übernommene Leistung zu bewirken — sie gewährt einem jeden Theile sofort und unbedingt Anspruch — sie verheißt ihm demzufolge auch Verurtheilung des Gegners und aus dem Urtheile Vollstreckung. „Eine Konsequenz des vom Entwurfe angenommenen Prinzipes ist es, daß der Beklagte, wenn er sich auf die Klage, in welcher nicht behauptet

ist, Kläger habe erfüllt, nicht einläßt, durch Versäumnißurtheil nach dem Klageantrag verurtheilt wird." So die Motive.

Motive zu § 366 Bd. II S. 204.

Sie hätten auch hinzufügen können: selbst wenn Kläger seinerseits noch nicht erfüllt zu haben einräumt. Denn das Einzige, was die Rechtsordnung auch dem Beklagten gewährt, ist dessen Gegenanspruch: ein Anspruch, den er in letzter Entwickelung

Bernhöft, Beiträge zur Lehre vom Kaufe, Jahrb. für Dogmatik XIV (1875) S. 200

nicht allein als Klage oder Widerklage in der Offensive verfolgen, vielmehr auch zur Defensive verwerthen darf. Und wenn der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt, erreicht er nicht eine Abweisung der Klage, auch nicht eine Abweisung zur Zeit. Vielmehr erfolgt eine Verurtheilung des Beklagten, gegen Empfangnahme der Gegenleistung die von ihm geschuldete Leistung zu bewirken.

von Vangerow a. a. O. S. 286.

Unger a. a. O. II § 215 N. 17. 19.

Dernburg a. a. O. II § 21 S. 59.

Wach, Handbuch I (1885) S. 373. 374.

A. A. Oetker, Das Verfolgungsrecht (1883) S. 108.

Im praktischen Erfolge erreicht hiernach der Beklagte eine Verkettung von Leistung und Gegenleistung. Keinen Augenblick braucht er dem Kläger zu creditiren; will letzterer die Leistung, muß er sich Zug um Zug zur Gegenleistung verstehen. Allein umgekehrt erreicht auch der Kläger trotz der Einrede eine Verurtheilung des Beklagten und hieraus eine von der eigenen Leistung abhängige Vollstreckung. Wenn oftmals gelehrt wird, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags mache die Verurtheilung zu einer bedingten, so ist dies nicht genau. Nicht die Verurtheilung ist eine bedingte, wohl aber die Möglichkeit der Vollstreckung.

Allein um diese Verknüpfung herbeizuführen, ist ein Willensakt des Beklagten unumgängliches Erforderniß. Ohne die exceptio non adimpleti contractus und ehe sie vorgeschützt, besteht die unbedingte Verpflichtung des Beklagten. Die Formel ist also zu stellen:

Jeder Kontrahent ist zur Leistung verpflichtet — jedoch falls er es verlangt, nur gegen Gegenleistung.

Vgl. auch Entwurf § 364.

So lange aber der Mitkontrahent dies Verlangen mittelst der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht gestellt hat, werden die Sätze, die oben gelegentlich der einer Anfechtung ausgesetzten Ansprüche aufgestellt worden sind, auch hier maßgebend sein: Verjährbarkeit des Anspruchs, Uebertragbarkeit desselben und Behandlung desselben als eines Vermögensstücks.

III.

Bisher sollte gezeigt werden, daß in den drei besprochenen Fällen — denen noch weitere zugesellt werden können — der Begriff der verneinenden Einrede versagt. Zugleich hat sich herausgestellt, daß dieselben in vielen und wesentlichen Punkten eine gleiche Struktur aufweisen. Grund genug, sie zu einer besonderen Gruppe zusammenzufassen. Und es wird nicht unpassend sein, dieser Gruppe den Namen der „rechtsverfolgenden Einreden“ zu geben.

Allerdings, diesen Namen möchte ich nur um deßwillen vorschlagen, weil jenen anderen Einreden herkömmlich die Bezeichnung der rechtsverneinenden — rechtshindernden oder rechtsvernichtenden — beigelegt wird. Völlig genau und zutreffend ist letztere Benennung keineswegs. Nicht darauf kommt es an, daß der Beklagte ein jedes „Recht“ des Klägers in Abrede stellt: das Entscheidende ist, daß das jetzige Begehren,

der Anspruch des Klägers verneint wird. Wenn der Beklagte der Eigenthumsklage gegenüber den Einwand erhebt, daß er zufolge eines mit dem Kläger abgeschlossenen Pacht- oder Miethvertrages oder auch auf Grund eines Nießbrauchsrechts ꝛc. die beanspruchte Sache besitze, so wird nicht das gesammte Recht des Klägers verneint, wohl aber der daraus abgeleitete Anspruch. Ebenso, wenn der Beklagte den Besitz der beanspruchten Sache ohne sein Verschulden verloren zu haben behauptet — oder wenn der Miether, ohne das fortdauernde Miethverhältniß in Abrede zu stellen, Zahlung oder Erlaß oder auch nur Stundung des jetzt beanspruchten Miethzinses geltend macht. Weit treffender müßte in solchen — wie auch in allen übrigen Fällen — statt von Rechtsverneinung von Anspruchsverneinung gesprochen werden. Und solchenfalls würde dann auch der gegenüberstehenden Gruppe der Name „anspruchsverfolgender Einreden" beigelegt werden können Indessen, da man unter „Anspruch" eben die Rechtsverfolgungsmacht versteht, wird man auch die einredeweise Geltendmachung von Ansprüchen als „rechtsverfolgende Einrede" bezeichnen dürfen.

Um Erhebung eines Anspruchs handelt es sich in der That. Allerdings nicht zwecks Verurtheilung des Klägers — zu diesem Ergebnisse könnte Beklagter nur durch Erhebung einer Widerklage gelangen — wohl aber zwecks Abwehr der Klage. Wenn Beklagter einredeweise das Rechtsgeschäft anficht, welches der Klage zu Grunde liegt, so erhebt er einen Anfechtungsanspruch. Nicht schon die Erklärung, anfechten zu wollen, stößt nach gemeinem Rechte das anfechtbare Rechtsgeschäft um; es geschieht dies erst durch den richterlichen Spruch. Letzterer aber ist präjudiciell für den Anspruch des Klägers, denn als Folge ergiebt sich alsdann die Zurückweisung der Klage. Es wäre dem Beklagten unbenommen, durch Zwischen-

feststellungswiderklage nach § 253 CPO. seinen Anfechtungsanspruch geltend zu machen, falls ihm daran liegen sollte, zugleich weiter drohenden Ansprüchen aus jenem Rechtsgeschäfte im voraus zu begegnen. Genügt ihm jedoch die Zurückweisung des jetzt erhobenen Anspruchs, so kann er dieses Ziel mittels bloßer Einrede erreichen. Von „Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede" spricht solchenfalls das Reichsrecht ausdrücklich.

§ 5 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879.

Nicht anders verhält es sich zur Zeit noch mit der Einrede der Kompensation. Entgegen der Auffassung des Reichsgerichts,

Entscheidungen VII S. 245, XI S. 120, XII S. 156,

ist in der Theorie der Satz fast allgemein anerkannt, daß sich die Aufrechnung — abgesehen vom Kompensationsvertrage — nicht schon durch die einseitige Erklärung, aufrechnen zu wollen, vollziehe, vielmehr erst auf Grund solcher Erklärung durch richterlichen Spruch.

Dernburg, Die Kompensation 2. Aufl. (1868) S. 580.

Schwanert, Die Kompensation (1870) S. 64 fg.

Eisele, Die Kompensation (1876) S. 250, 381.

Auch stehen die neuesten Pandektenschriftsteller durchaus noch auf diesem Standpunkte.

Windscheid, Pandekten 6. Aufl. § 349 Z. 5 (Bd. II S. 346).

Dernburg, Pandekten 1. Aufl. § 62 (Bd, II S. 166)

Wendt, Pandekten § 241 S. 581.

Bei solcher Konstruktion bedeutet aber das Vorschützen einer Kompensationseinrede die Erhebung eines Anspruchs auf Kompensation, welcher präjudiciell ist gegenüber dem klägerischen Begehren. Findet der Richter den Anspruch auf Kompensation begründet, so vollzieht er die Aufrechnung durch seinen Spruch:

die Zurückweisung des hierdurch erschöpften Anspruchs des Klägers ist dann die weitere Folge. Zu keinem Theile enthält die Kompensationseinrede schon eine Verneinung des klägerischen Anspruchs. Erst die Aufrechnung Seitens des Richters ist die Thatsache, auf Grund welcher dann die Verneinung des klägerischen Anspruches sich ergibt. Vornehmlich von der rechtsverfolgenden Einrede der Kompensation sind die Bestimmungen der Gewerbeordnung §§ 112, 132 zu verstehen:

> „Der Anspruch auf Entschädigung erlischt, wenn er nicht innerhalb vier Wochen nach seiner Entstehung im Wege der Klage oder Einrede geltend gemacht ist."

Auch das Reichsgericht erkennt an, (wenn auch nicht konform mit seinen oben angegebenen Entscheidungen) „daß wer die Einrede der Kompensation vorbringt, damit eine Gegenforderung, also einen Anspruch geltend macht" —

Entscheidungen XVIII S. 409,

wenn es auch die Auffassung dieser Einrede als „einer versteckten oder unentwickelten Widerklage" zurückweist

Entscheidungen XVI S. 371,

und mit Recht betont, daß der „prozessualischen Form und Wirkung nach" ein Anspruch nicht erhoben, sondern bekämpft werde.

Und in dem nämlichen Sinne enthält auch die exceptio non adimpleti contractus die Geltendmachung eines Gegenanspruchs. Wiederum nicht zum Zwecke einer Verurtheilung des Klägers: wohl aber zu dem Zwecke, um die Zusammengehörigkeit der gegenseitigen Ansprüche auch in dem Urtheile zum Ausdrucke bringen zu lassen und danach auch einer Zwangsvollstreckung nur gegen Empfang des Gegenwerths ausgesetzt zu sein.

Eine Verschiebung der Konstruktion würde dann allerdings eintreten, wenn die Umstoßung des anfechtbaren Geschäfts,

wie § 113 des Entwurfs vorschlägt, schon durch die Erklärung des Anfechtungsberechtigten an seinen Gegner erfolgen sollte. Solchenfalls wäre die Anfechtungseinrede kein Rechtshülfegesuch: der Beklagte bedürfte nicht erst des richterlichen Spruchs. In seine Hand allein wäre die Macht gelegt, das Geschäft zu entkräften. Wie er es vermöchte außerhalb des Processes, durch außergerichtliche Erklärung gegenüber dem Gegner, so könnte er auch noch im Processe die Umstoßung herbeiführen. Aber die Anfechtungseinrede würde alsdann zunächst denselben rechtsgeschäftlichen Charakter aufweisen, indem durch die einseitige Willenserklärung die Entkräftung bewirkt würde. Und hieran würde sich erst die processualische Funktion anreihen, indem die soeben erfolgte Umstoßung thatsächlich geltend gemacht würde. Dies aber würde lediglich das Vorschützen einer soeben entstandenen verneinenden Einrede sein. Ob aber die Einrede um jener ersteren, hauptsächlicheren Aufgabe willen, welche die zweite erst vorbereiten und ermöglichen soll, als „rechtsverfolgende Einrede" bezeichnet werden dürfte, ist allerdings zu bezweifeln. Ueberhaupt wäre es ungenau, bei derartiger Sachlage von einem Anspruch zu reden, welchem eine Einrede entgegenstehe. Nicht „im Wege der Einrede", überhaupt nicht im Wege des Processes, wäre alsdann die Anfechtung geltend zu machen: jede beliebige Willenserklärung würde genügen. Der Anspruch aus einem anfechtbaren Geschäfte wäre der Gefahr ausgesetzt, durch einseitige Erklärung des Schuldners zu erlöschen. Es stände in dieser Hinsicht mit der anfechtbaren Forderung nicht anders wie mit der aus einem Kaufgeschäfte, bei welchem sich der andere Kontrahent den einseitigen Rücktritt vorbehalten hat.

Die nämliche Verschiebung scheint sich schon jetzt mit der Kompensationseinrede zu vollziehen. Im Einklange mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts und Hand in Hand mit

neueren Gesetzgebungen läßt der Entwurf die Aufrechnung durch einseitige Willenserklärung erfolgen.

Entwurf § 282, Motive II S. 107.

In dieser Gestaltung vollzieht das Einredevorbringen der Kompensation zunächst und vornehmlich einen rechtsgeschäftlichen Akt: das Gericht hat nur die Gültigkeit desselben zu prüfen und gegebenen Falls die Folgerungen durch Zurückweisung der Klage zu ziehen. Bei dieser Konstruktion gestaltet sich auch die Aufrechnung Seitens des Klägers verschieden. Wenn bisher gelehrt wird, „daß dann, wenn der Kläger fordert unter sofortiger in der Klage vorgenommener theilweiser Aufrechnung, nicht etwa der nicht kompensirte Rest den Streitgegenstand bildet, sondern der klägerische Gesammtanspruch"

Wach, Handbuch I (1885) S. 374.

Zustimmend Kohler, Klagbehauptung, Archiv für die civilistische Praxis LXX (1886) S. 224 Anm. 16,

so ist dies der jetzt noch herrschenden Auffassung der Kompensation völlig entsprechend. Denn auch der Kläger kann hiernach nur durch richterlichen Spruch zur Aufrechnung kommen und muß demgemäß Verurtheilung des Beklagten zu theilweiser Zahlung und zu theilweiser Duldung der Aufrechnung beantragen. Falls letztere jedoch schon durch den einseitigen Akt einer jeden Partei sich vollzieht, enthält die Klagschrift neben dem allgemeinen Anspruche auf theilweise Zahlung die rechtsgeschäftliche Erklärung der Kompensation. Mit dieser aber begehrt Kläger nichts: er schafft sich selbst und nicht erst durch den Richter Befriedigung. Nur was der Kläger außerdem beansprucht, ist Streitgegenstand; nur dieser (wie Wach treffend in anderem Zusammenhange S. 371 hervorhebt) „bestimmt Zuständigkeit und Kostenhöhe — — nur er ist Gegenstand des klägerischen Rechtsschutzanspruchs und stellt das Interesse des Klägers am Rechtsstreit dar — — er ist die Differenz

zwischen dem, was der Kläger hat und was er durch den Proceß erreichen will.“ Uebrigens würde auch nach der älteren Gestaltung die Aufrechnungserklärung des Klägers mehr sein als die „Zustimmung in eine von ihm selbst anticipirte Einrede,“ wie Wach es darstellt. Gewiß ist es dem Kläger unbenommen, die Gesammtsumme zu beanspruchen, daneben aber im Voraus auszusprechen, daß er einem eventuellen Kompensationsbegehren des Beklagten nicht entgegentreten werde. Solchenfalls ist aber die Gesammtsumme eingeklagt und es wird auch der schuldpflichtige Beklagte zur Zahlung der ganzen Summe verurtheilt werden müssen, falls er die erwartete Aufrechnung einredeweise nicht geltend macht. Wenn aber Kläger selbst die Aufrechnung begehrt, ist er der Disponent und der Richter würde nur zum Theil zur Zahlung, zum Theil zur Aufrechnung verurtheilen können.

IV.

Drei Fälle sind bisher konstatirt worden, in welchen sich das Einredevorbringen des Beklagten nicht als „verneinende Einrede“ auffassen läßt — Fälle, in denen die Vertheidigung eigenartig auftritt und die Bezeichnung einer „rechtsverfolgenden Einrede“ um deßwillen verdient, weil es sich überall um einen wenn auch nur zum Zwecke der Vertheidigung erhobenen Gegenanspruch handelt. Ehe ich aber dazu schreite, etwaige weitere Fälle zu prüfen, halte ich es für angezeigt, ausdrücklich vor dem Mißverständnisse zu warnen, als ob die charakteristischen Momente, welche die Gruppe der von mir s. g. rechtsverfolgenden Einreden von der der verneinenden scheiden, überall da gegeben seien, wo sich die Einrede auf ein Rechtsverhältniß stützt, welches dem Beklagten unter andern Umständen auch einen klagbaren Anspruch gewährt hätte. Wenn der Vindi-

cation des Klägers mit Berufung auf Nießbrauch oder Pfandrecht, Pacht oder Miethe begegnet wird, so handelt es sich hier schlechterdings nur um eine verneinende Einrede. Ich muß dies von Neuem wieder

vgl. meine Rechtsnorm S. 276—279,

mit allem Nachdruck betonen, um so mehr, als zu den dort schon bekämpften Gegnern inzwischen neue getreten sind und namentlich auch Schriftsteller, die sich im Uebrigen zu der Kategorie der „rechtsverfolgenden Einrede" bekennen, in dieser Frage mir jede Folge versagen.

Burckhardt, System § 123 Anm. 2 II S. 581.

Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht (1886) S. 154.

Wir stoßen hier auf den Keim, welchem verhängnißvolle Irrthümer entstammen.

Wenn Savigny, System § 225 Bd. V S. 153,

der (absoluten und relativen) Verneinung des klägerischen Rechts die Exception gegenüberstellt und letztere als „Bestreitung durch ein entgegenstehendes Recht des Beklagten" definirt, so könnte man versucht sein, hingesehen auf die weitere Bemerkung S. 171: „Der Beklagte fordert von dem Kläger, daß er sein Klagrecht nicht geltend mache", dies Gegenrecht des Beklagten eben nur in dem Abwehrenkönnen zu finden. Dann deckte sich das Gegenrecht des Beklagten mit dem negativen Rechte bei Bekker, Dernburg und Wendt — und es wäre nur das zu bestreiten, daß jede römische exceptio und umgekehrt nur die Vertheidigung, die in Exceptionsform auftreten mußte, ein solches Abwehrrecht bedeutete. Allein die Beispiele, die Savigny erbringt:

> „bey der Vindication die Exception aus einem ius in re oder einem Contract; bey der publiciana die exceptio dominii —"

lassen erkennen, daß an ein derartiges bloßes Abwehrrecht nicht gedacht ist. Das Gegenrecht des Beklagten ist als „selbständiges Recht" desselben gemeint, d. h. als ein solches, welches nicht in Vernichtung des klägerischen Rechts aufgeht, vielmehr auch nach Erlöschen des klägerischen Rechts dem Beklagten verbleibt. So in der That Nießbrauch und Pfandrecht, aber auch obligatorischer Anspruch aus Leihe, Pacht und Miethe bei Wechsel des Eigenthums; so das Eigenthum nach Erlöschen des publicianischen Rechtes. In dieser Fassung ist die Theorie vom „Gegenrechte" h. z. T. preisgegeben.

Vgl. vornehmlich Birkmeyer a. a. O. S. 33 fg.
Bekker, Aktionen II S. 275 fg.

Es wird anerkannt, daß „manchen Exceptionen (z. B. doli praeteriti, rei iudicatae) kein Recht des Beklagten, sondern nurmehr eine Thatsache zu Grunde liegt".

Brinz, Pandekten 2. Aufl. I S. 370.

Dagegen findet die Kategorie der „Exceptionen als Gegenrechte behufs Abwehr eines Klagerechtes" in neuester Zeit mehr und mehr wieder Beifall.

Dernburg, Pandekten (2) § 137 Bd. I S. 311.
Wendt, Pandekten § 96 S. 259.

Gegen ein „Recht der Vertheidigung und Abwehr" habe ich nichts einzuwenden; ich finde ein solches in den „rechtsverfolgenden Einreden". Daß aber die römischen Exceptionen als solche nicht unter diesen Begriff fallen, soll unten noch an dem Beispiel der stets als Beleg angeführten exceptio SC. Velleiani gezeigt werden. Und daß endlich da, wo dem Beklagten ein positives Recht zur Seite steht, die einredeweise Berufung auf dies Recht den Fall eines solchen „Gegenrechts" keineswegs ausmacht, ist nunmehr zu begründen.

Der Kläger vindicirt, der Beklagte macht einredeweise ein Nießbrauchsrecht geltend. Bedeutet dies ein Verneinen des

klägerischen Anspruchs oder die Erhebung eines Gegenanspruchs? Zweifellos nur das Erstere. Der Kläger begehrt Herausgabe der Sache, Beklagter bestreitet diese seine Verpflichtung. Aus welchem Grunde das Bestreiten erfolgt, ist für den Charakter der Einrede als einer verneinenden gleichgültig — gleichgültig namentlich, ob Beklagter das „Recht" des Klägers (hier dessen Eigenthum) im Uebrigen anerkennt oder nicht. Denn nicht um dies Eigenthum handelt es sich unmittelbar in dem Processe; die Entscheidung würde nach heutigem Rechte nicht einmal Rechtskraft für oder gegen die Eigenthumsannahme begründen.

A. A. in ersterer Hinsicht Wach, Vorträge, S. 103 fg.

Nur die Herausgabe der Sache wird begehrt, dies ist der „Anspruch" im Sinne des heutigen Proceßrechts. Und worauf könnte sich der Gegenanspruch des Beklagten richten? Er hat ja die Innehabung der Sache und damit alles, was er zur Zeit beanspruchen könnte. Ob er durch das klägerische Vorgehen in seiner Rechtssicherheit beunruhigt wird und Anlaß hat, eine Feststellungsklage zu erheben, mag dahingestellt bleiben, für eine Leistungsklage ist jedenfalls kein Raum. Damit aber auch nicht für eine rechtsverfolgende Einrede. Burckhard meint zwar: „Vor der Klage hat der Beklagte freilich keinen Anspruch, aber er hat ein selbständiges Recht und indem das Klagbegehren selbiges zu verletzen sucht, erwächst ihm ein Anspruch." Allein die Rechtsverletzung (welche auch nach Burckhard erst den „Anspruch" gebiert) ist „die Nichterfüllung eines von der Rechtsordnung statuirten Sollens", S. 530, 532 — im vorliegenden Falle mithin die Nichtbelassung der Detention. Eine solche liegt aber nicht in der Erhebung einer Klage auf Herausgabe: selbst Burckhard spricht nur von einem Verletzungsversuche. So fehlt es zur Zeit an der nothwendigen Voraussetzung für einen Gegenanspruch. Das Verneinen der Herausgabepflicht ist völlig genügend.

Zur Vorbereitung des schließlichen Urtheils und mithin zur Erleichterung seiner eigenen Denkarbeit kann sich der Richter die eine ihm gestellte Frage wohl in die beiden Unterfragen zerlegen: einmal steht dem Kläger — abgesehen von dem Einwande des Beklagten — der erhobene Anspruch zu? und zweitens: steht er ihm auch dann zu, wenn sich der Einwand des Beklagten als thatsächlich begründet erweist? Allein bei Verneinung der ersten wie der zweiten Unterfrage wird immer das Gesammtergebniß sein: Beklagter ist nicht schuldig. Die Sache liegt genau so wie im Strafprocesse. Auch hier werden sich die Geschworenen unter einander über das Schuldig des Todtschlags nach § 212 StGB., abgesehen von der Nothwehrfrage, und dann gesondert über das Vorhandensein von Nothwehr schlüssig machen. Der Wahrspruch geht aber immer nur auf ein Schuldig oder Nichtschuldig.

In allen Konsequenzen zeigt sich auch, daß es sich lediglich um eine verneinende Einrede handelt. Zunächst würde wohl kein Richter schwanken, trotz Versäumniß des Beklagten die Klage zurückzuweisen, falls nach dem eigenen Vorbringen des Klägers der Ungrund seines Begehrens sich enthüllt. Mit Recht statuirt auch der Entwurf § 942:

> „Der Anspruch auf Herausgabe der Sache ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer oder der Inhaber auf Grund eines Rechtes an der Sache oder auf Grund einer ihm gegen den Eigenthümer zustehenden Forderung berechtigt ist, die Sache zu behalten."

Und weiter ist anerkannt, daß der rei vindicatio keine Verjährung läuft, so lange der Besitzer die Sache mit Fug und Recht detinirt. So lange liegt eben in der Innehabung keine Normwidrigkeit und so lange kann mithin auch zur Beseitigung einer solchen dem Eigenthümer kein Anspruch gewährt sein.

Der Geburtstag des Anspruchs ist hier erst der Tag, an welchem das Detentionsrecht erlischt.

c. 7 § 7 C. de praescriptione XXX a. 7, 39.

So, wenn der Vindication des Klägers ein Einwand entgegengestellt wird auf Grund eines Nießbrauchsrechts, Pfandrechts oder sonstigen dinglichen Rechts, welches dem Beklagten die Innehabung der Sache gestattet — in welch ersterem Falle um so weniger von einer Exception gesprochen werden sollte als die Vertheidigung des Usufruktuars der Eigenthumsklage gegenüber im römischen Formularprocesse in ipso-iure-Form auftrat.

Ihering, Geist des römischen Rechts III § 52 (3. Aufl.), S. 83 fg. 106.

Zimmermann a. a. O. S. 28 Anm. 15.

Nicht anders auch, wenn gegen die rei vindicatio ein Einwand entnommen wird aus einem obligatorischen Verhältnisse, welches den Kläger dem Beklagten gegenüber zur Belassung der Sache verpflichtet. Pacht und Miethe, Leih- und Versatzvertrag mögen hier beispielsweise genannt sein. Auch hier wird die Herausgabepflicht des Beklagten einfach verneint. Daß hier nur der Kläger persönlich dem Beklagten gegenüber verpflichtet ist und nicht auch neben ihm (wie in den vorigen Fällen) die unbegrenzte Menge, ist für diesen Rechtsstreit gleichgültig. Denn die Verpflichtung des Klägers geht nicht etwa auf ein stets erneutes Gewähren, nicht auf eine ununterbrochene Willensanspannung. Wenn das verpachtete Gut einmal übergeben ist, trifft den Verpächter nur das Verbot, das Pachtobject dem Pächter während der Pachtzeit zu entziehen. Dies Verbot aber ist nicht bedingt von dem Wollen des Pächters; auch eine heimliche Entziehung der Innehabung würde eine Normwidrigkeit enthalten.

Meine Rechtsnorm S. 304 fg.

Um deßwillen dient aber auch die Berufung auf den Thatbestand, welcher dem Beklagten die Innehabung sichert, lediglich zur Verneinung des geklagten Anspruchs.

In gleicher Weise liegt Anspruchsverneinung, nicht eigene Rechtsverfolgung vor, falls der Publiciana die exceptio dominii oder die Einrede gleichen Rechts, falls der Pfandklage die Einrede gleichen oder besseren Rechts entgegengestellt wird. In allen diesen Fällen wird dem Kläger ein Anspruch auf Herausgabe Seitens der Rechtsordnung überhaupt nicht zugestanden, nicht erst genommen, wenn Beklagter einredeweise ein Rechtshülfegesuch stellt.

Endlich sind auch die Exceptionen, welche sich in den Quellen häufig bei den Interdikten finden, wenn sie auch hin und wieder auf ein Recht des Beklagten Bezug nehmen, zu den verneinenden Einreden zu zählen.

> Vgl. meine Rechtsnorm S. 279.

Völlig zutreffend bemerkt betreffs ihrer Ad. Schmidt:

> „Die exceptio vermehrt lediglich die Voraussetzungen des Befehls, fehlt irgend eine andere, als exceptio nicht zu bezeichnende, so ist ganz ebenso kein Befehl vorhanden, und es wird die Sache auch gerade so von den Römern bezeichnet."
>
> Schmidt, Das Interdiktenverfahren (1853) S. 112.

Was Karlowa hiergegen vorbringt, scheint mir nicht begründet zu sein — und unmöglich ein schließliches Urtheil des Richters:

> „daß zwar eine Berechtigung des Klägers erwachsen, aber unwirksam sei."
>
> Karlowa, Das Rechtsgeschäft (1877) S. 155, 156.

V.

Eine ähnliche Verwechselung würde man begehen, wollte man die dilatorischen Einreden als solche (d. h. auch da, wo nicht eine rechtsverfolgende Einrede in diesem Gewande auftritt) den verneinenden Einreden gegenüberstellen. Auch die dilatorische Einrede bedeutet — mit der eben gemachten Ausnahme — ganz wie die peremtorische Einrede eine Verneinung: nur daß die Verneinung sich hier auf den jetzt erhobenen Anspruch beschränkt, ein etwaiges „Recht" des Klägers jedoch, das außerhalb des Processes liegt, unbestritten läßt. Vor Jahren schon hat Bülow darauf hingewiesen, daß „die Eintheilung der Einreden in peremtorische und dilatorische bei weitem nicht die große Bedeutung habe, welche man ihr bisher beigemessen hat."

O. Bülow, Die Lehre von den Proceßeinreden (1868) S. 263.

Nehmen wir als Beispiel einfachster Art, daß einer Forderungsklage die Einrede der Stundung entgegengesetzt wird. Falls sich die Einrede auf einen allgemein abgeschlossenen Stundungsvertrag stützt, kann ein Bestreiten des gesammten Rechtsverhältnisses, aus welchem geklagt wird, nebenhergehen — beruft sich Beklagter dagegen auf eine specielle Stundung gerade dieser Schuld, so wird er letztere daneben nicht wohl in Abrede stellen können. Was er aber in dem einen wie in dem anderen Falle in gleicher Weise verneint, ist das, worauf es in dem gegenwärtigen Rechtsstreite allein ankommt: seine jetzige Leistungspflicht oder (was dasselbe sagen will) das Dasein des klägerischen Anspruchs. Auch bringt der Beklagte diesen letzteren nicht erst durch Erhebung der Einrede in Wegfall: die Stundungsthatsache hatte dem Kläger bereits seinen Anspruch, das petere posse, genommen, ohne daß diese Be-

stimmung des objektiven Rechts ihre Wirksamkeit noch von dem Einredeverlangen des Beklagten abhängig machte. Daß die später bewilligte Stundung — als anspruchsvernichtende Thatsache — wenn bestritten jedenfalls vom Beklagten zu beweisen ist, während es nach Ansicht mancher Rechtslehrer Sache des Klägers sein soll, das anfängliche Unbetagtsein seines Forderungsrechts — mithin die Abwesenheit einer anspruchshindernden Thatsache — sofort anzuführen und eventuell zu beweisen,

Enneccerus, Rechtsgeschäft (1888) I S. 215 fg.,

würde dahin führen, überhaupt nur der erstgedachten Vertheidigung des Beklagten den Charakter einer „Einrede" zu belassen, nicht aber dieser Einrede die Eigenschaft einer verneinenden zu nehmen.

Ausdrücklich bemerke ich aber, daß es nur darauf ankam, auch die dilatoria als Verneinung des geklagten Anspruchs zu erweisen. Im Uebrigen „haftet" (um mit Brinz zu reden) der Beklagte schon jetzt aus dem, einerlei ob gleich anfänglich oder später erst betagten Geschäfte. Es wird dies vornehmlich dann von Bedeutung, wenn die Forderung auf Leistung einer bestimmten Sache gerichtet ist. Schon bei betagter Schuld trifft den Schuldner alsdann das Verbot die Sache zu beschädigen oder zu vernichten. So zeigen sich in diesem und in anderen Punkten allerdings bedeutsame Unterschiede zwischen der Rechtsstellung eines Nichtschuldners — und ein solcher ist auch der durch eine peremtorische verneinende Einrede Gedeckte — und der Rechtsstellung eines Schuldners aus betagtem Geschäfte. Nur nicht in ihrer processualischen Lage, falls sie belangt werden: denn in beiden Fällen können sie mit Fug und Recht den erhobenen Anspruch verneinen. „So lange die dilatoria exceptio besteht, wirkt sie materiell ganz in derselben Weise wie die peremtoria", bemerkt Karlowa mit Recht.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft (1877) S. 156.

Wenn er jedoch hierauf den Schluß baut: „Läßt man die exceptio dilatoria fortbestehen, so sollte man konsequenter Weise die Fortexistenz der peremtoria nicht leugnen", so wird hierdurch die Lehre nicht getroffen, welcher weder der dilatoria noch der peremtoria exceptio der Römer um dieser ihrer dereinstigen Qualitäten willen einen Fortbestand zugesteht. In beiden — wie in den dereinstigen ipso-iure-Vertheidigungen — kann eine bloße Verneinung enthalten sein. Auch auf Grund der dilatoria wird der Kläger wegen (gegenwärtigen) Nichtdaseins des erhobenen Anspruchs abgewiesen. Daß dies nur „zur Zeit" geschieht, ist Folge davon, daß der Anspruch auch nur in seinem gegenwärtigen Dasein verneint wird. Aber auch die Abweisung zur Zeit schafft in dieser Beschränkung Rechtskraft des Urtheils.

Bülow a. a. O. S. 282.

Vgl. auch Schultze a. a. O. S. 350.

Der Charakter jener dilatoria als einer verneinenden Einrede bewährt sich auch darin, daß der Richter den erhobenen Anspruch auch dann zurückzuweisen hat, wenn er aus dem eigenen Vorbringen des Klägers von der gewährten Befristung erfährt.

arg. l. 50 pr. de peculio 15,1: „nam et si in diem vel sub condicione debeatur, fraudationis causa non videtur latitare, tametsi potest iudicis iniuria condemnari."

Eben darum läuft auch die Verjährung dem betagten Anspruche nicht. Daß aber der betagte Anspruch bereits abgetreten und ebenso durch Bürgen oder Pfänder gesichert werden kann, beweist nicht sowohl seinen gegenwärtigen Bestand, als vielmehr die von der Rechtsordnung zugelassene Möglichkeit, auch einen noch nicht entstandenen Anspruch auf

den Fall seines Entstehens hin im voraus zu übertragen und zu sichern.

VI.

Das Eigenthümliche der „rechtsverfolgenden Einrede" ist darin zu finden, daß der Beklagte im Wege der Einrede einen Gegenanspruch zu erheben vermag, welcher präjudiciell ist gegenüber dem klägerischen Begehren und mithin, wenn begründet, zu einer Abweisung des Klägers führt oder doch (wie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags) zu einer modificirten Verurtheilung. Es genügt nicht, daß die Einrede des Beklagten einem „Rechte" desselben entspringt (IV); andererseits ist es gleichgültig, ob die Einrede eine Abweisung des Klägers zur Zeit oder für immer zur Folge hat und insofern zu den dilatorischen oder zu den peremtorischen Einreden gehört (V). Wohl aber ist erforderlich, daß der Beklagte sich nur im Wege des Processes, mithin einredeweise, zu schützen vermag: wird einer außergerichtlichen Erklärung die gleiche Schutzkraft beigelegt, so ist kein Anlaß vorhanden, noch von „Einrede" zu sprechen (III).

Bei Festhaltung dieser Gesichtspunkte tritt noch eine Anzahl weiterer Einreden den rechtsverfolgenden hinzu.

Voran die Einrede der Retention. So verschiedenartig im Uebrigen die Fälle gestaltet sind, in welchen dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht gewährt wird, in dem einen Punkte treffen sie doch alle zusammen: der Beklagte hat einen Gegenanspruch, welchen er verwerthen darf zur Vertheidigung gegen die Klage, sei es nun, daß er durch Geltendmachung desselben eine Verkettung der beiderseitigen Ansprüche erzielt wie bei der exceptio non adimpleti contractus oder sei es, daß Beklagter eine Abweisung der Klage zur Zeit zu erreichen vermag. Aber auch in letzterem Falle bestand der klägerische Anspruch

zweifellos bis zur einredeweisen Geltendmachung des Gegenanspruchs oder genauer noch bis zur Anerkennung des letzteren durch den richterlichen Spruch. Um deßwillen steht auch die Retentionsbefugniß der Verjährung des Hauptanspruchs nicht im Wege,

Entwurf § 162,

Motive II S. 43,

um deßwillen ist die Erfüllung des Hauptanspruchs keine indebiti solutio.

l. 51 de condictione indebiti 12, 6,

l. 7 § 4 de dote praelegata 33,4: „cautionis praestandae necessitas solutionem moratur, non indebitum facit quod fuit debitum."

Im Uebrigen wird freilich der Gegenanspruch nur retentionsweise d. h. zum Zwecke der Vertheidigung, nicht zum Zwecke des Angriffs, geltend gemacht. Darum ist gegen die proceßrechtlichen Folgerungen, welche das Reichsgericht zieht, nichts einzuwenden:

Entscheidungen VIII S. 364, XV S. 421.

Zu den rechtsverfolgenden Einreden gehören ferner die s. g. Beneficien der Bürgen. Daß das Vorschützen des beneficium excussionis keine Proceßeinrede bildet, dürfte h. z. T. allgemein anerkannt sein. Darum entscheidet auch über Zulässigkeit und Voraussetzungen desselben das bürgerliche Recht, mithin das Recht des Orts, dem der Bürgschaftsvertrag untersteht, nicht aber das Recht des Proceßgerichts.

Kohler, Recht und Proceß, Grünhut's Zeitschrift XIV (1887) S. 16, Entscheidungen des Reichsgerichts IX S. 185.

Andererseits will und kann der Bürge nicht seine Haftpflicht verneinen, falls er die Einrede der Vorausklage erhebt. Wie der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen troß der

Gefahr, daß dieser die Einrede der Vorausklage entgegenhalten werde, der Verjährung unterliegt, ebenso würde auch der Richter verurtheilen müssen, falls der Beklagte sich nicht auf seine Rechtswohlthat beruft. Letztere bedeutet Erhebung eines Gegenanspruchs, der präjudiciell ist dem geklagten Anspruch gegenüber. Der Bürge kann verlangen, daß der Gläubiger zuvor seine Befriedigung bei dem Hauptschuldner suche — aber er muß es auch verlangen und zwar gerichtlich verlangen, wo nicht im Wege der Klage so doch der Einrede. Analog aber sind auch die übrigen Rechtswohlthaten der Bürgen zu verstehen, welche im gemeinen Rechte noch begründet sind: das **beneficium divisionis** und **cedendarum actionum**.

Die exceptio spolii, welche ich früher zu den rechtsverfolgenden Einreden zählte, gehört nicht mehr dem heutigen Rechte an. Dagegen hat der Entwurf in seiner „Abzugseinrede" eine weitere Einrede aufgestellt, die unserer Kategorie zuzurechnen ist. Betreffs ihrer wird bestimmt, daß „die Verjährung dadurch nicht gehemmt werde, daß dem Anspruche — die Abzugseinrede des Inventarerben entgegensteht",

Entwurf § 162,

und § 2135 ebenda spricht ausdrücklich davon, daß „die Abzugseinrede gerichtlich geltend gemacht wird", indem zugleich der Zeitpunkt dieser Geltendmachung maßgebend sein soll für die Feststellung des abzuziehenden Betrages. Es finden sich hiernach alle begriffsbestimmenden Punkte für eine rechtsverfolgende Einrede.

Eine unklare Zwitterstellung hat in den heutigen Rechten zumeist die Einrede der Verjährung erhalten. Auch der Entwurf entschließt sich nicht, mit dieser Unklarheit zu brechen. Unbefangener Betrachtung wird gerade das Vorschützen der Verjährung als eine Verneinung des klägerischen Anspruchs d. h. seines gegenwärtigen Bestandes erscheinen und gewiß

nicht als die Erhebung eines Gegenanspruchs. „Die Einrede der Klagverjährung — verneint den materiellen Anspruch als erzwingbaren und deshalb schutzberechtigten."

Wach, Handbuch I § 9 S. 124.

Die Folge würde sein, daß der Richter die Klage abweisen müßte, falls ihm einerlei welche der streitenden Parteien das Material für die Verjährung erbringt. In der That ging auch früher die herrschende Lehre dahin. Noch Kierulff sieht sich veranlaßt, gegen die oft betonte „besondere Eigenschaft der Einrede der Verjährung — —, daß der Richter berechtigt und verpflichtet sey, ex officio dieselbe zu ergänzen", ausdrücklich Stellung zu nehmen:

Kierulff, Theorie (1839) S. 215.

Seit jener Zeit ist freilich die entgegengesetzte Auffassung die durchaus herrschende geworden. Und gerade um dieses Moment zum Ausdrucke zu bringen, spricht der Entwurf § 182 von einer „Einrede, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird". Dem hiergegen von Hölder Bemerkten:

Archiv für die civilistische Praxis LXXIII (1888) S. 148 fg.

kann ich mich nur anschließen. Ich würde der Fassung: „Nach Vollendung der Verjährung ist die Geltendmachung des Anspruchs ausgeschlossen" oder kurzweg „ist der Anspruch ausgeschlossen" den Vorzug geben.

VII.

Die Annahme einer Kategorie der rechtsverfolgenden Einreden würde m. E. auch klärenden Einfluß üben auf eine Lehre, welche nach meinem Empfinden gegenwärtig zu den unerquicklichsten des Civilrechts gehört: auf die Lehre von dem

Einflusse der einem Anspruche entgegenstehenden Einrede auf die Verjährung des letzteren sowie auf die verwandte Lehre von der s. g. Verjährung der Einreden.

Wenn man davon ausgeht, daß die Rechtsordnung einen Anspruch, dem eine verneinende Einrede mit Erfolg entgegengesetzt werden kann, eben nicht mehr für einen Anspruch erachtet, so kann von einer Verjährung eines einredeweise zu entkräftenden Anspruchs theoretisch nicht die Rede sein. Im Leben wird sich freilich ein Beklagter, der aus längst getilgter Schuld belangt wird, statt auf eine nicht mehr erweisbare Zahlung auf Verjährung berufen; soll doch gerade auch dem Schuldner die Zumuthung erspart bleiben, alte Quittungen aufzuheben oder für sonstige Beweismittel der Tilgung zu sorgen. Allein der rechtlichen Konstruktion nach wird man nicht sagen können, ein durch Zahlung getilgter Anspruch unterliege noch weiter der Verjährung. Auch gegenüber einem völlig erdichteten Anspruche aus alter Zeit wird sich der Beklagte kurzweg durch Berufung auf Verjährung schützen können, obschon gewiß Niemand die Anspruchsverjährung auch auf nie vorhanden gewesene Ansprüche erstrecken wird.

Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die verneinende Einrede peremtorischer oder dilatorischer Natur ist. So lange einem Anspruche eine verneinende dilatorische Einrede mit Erfolg entgegengesetzt werden kann, ist der Anspruch — „das Recht, von einem Anderen eine Leistung zu verlangen" —

§ 154 des Entwurfs,

eben nicht vorhanden und daher auch keiner Verjährung ausgesetzt. Wird z. B. Vindication gegen den Inhaber einer Sache erhoben, die dieser seit 40 Jahren in seinen Händen hat, so wird freilich da, wo die Verjährung auch ohne ausdrückliche Berufung des Beklagten zu berücksichtigen ist, der Kläger sofort bei der Klagbegründung anführen müssen, daß

und aus welchen Gründen sein Anspruch nicht schon verjährt sei — etwa weil Beklagter das Gut bis vor einigen Jahren in Nießbrauch oder Pacht gehabt habe. Da aber, wo die Verjährung nur auf Antrag zu beachten ist, wird Kläger solchem Antrage gegenüber replikweise die Gründe anführen müssen, aus denen erhellt, daß trotz Zeitablaufs die Verjährung noch nicht eingetreten sei. Im letzten Erfolge schließt jedoch in dem einen wie in dem anderen Falle das Bestehen einer dilatorischen Einrede die Verjährung des (so lange eben nicht vorhandenen) Anspruchs aus.

Ganz anders, wenn einem Anspruche nur eine rechtsverfolgende Einrede entgegengesetzt werden kann. Trotz dieser ihm anderweit drohenden Todesgefahr lebt der Anspruch des Klägers noch — und weil er lebt, ist er auch dem Absterben durch Altersschwäche ausgesetzt. Warum sollte auch der Anspruch aus einem Verkaufsgeschäfte, dessen Wiederauflösung der Käufer wegen heimlicher Mängel oder wegen laesio enormis im Wege der Klage oder der Einrede zu verlangen befugt ist, um dieser seiner anderweiten Schwäche willen dem Erlöschen durch Verjährung entrückt sein? Darum ist auch bei jeder einzelnen rechtsverfolgenden Einrede nachgewiesen worden, daß ihre Zuständigkeit die Verjährung des klägerischen Anspruchs nicht hindert. Und bezeichnend ist es, daß § 162 des Entwurfs sämmtliche Einreden, die ich früher und jetzt zu den rechtsverfolgenden gezählt habe, des Einzelnen aufführt und gleichermaßen von ihnen aussagt, daß sie eine Hemmung der Verjährung nicht bewirken.

Vergleichen wir mit diesen einfachen Sätzen die Formulirung, wie sie jetzt zumeist gegeben wird. „Die Verjährung läuft nicht, so lange dem Anspruche eine Einrede entgegensteht. — — Jedoch gilt von diesem Satze eine natürliche Ausnahme: der Berechtigte kann sich dann auf die seinem Anspruche ent-

gegenstehende Einrede nicht berufen, wenn es in seiner Macht stand, die Einrede zu beseitigen und es von ihm verlangt werden konnte, daß er sie beseitige".

Windscheid, Pandekten § 109 unter 1. I S. 354.

Vgl. auch Brinz, Pandekten 2. Aufl. § 114 I S. 403.

Als Beispiele der Ausnahmsfälle werden dann von Windscheid Retentions- und Kompensationseinrede, Exkussionseinrede und exceptio non adimpleti contractus genannt.

Ich kann hier nur früher erhobenen Widerspruch erneuern,

Meine Rechtsnorm S. 267 Anm. 95

dem sich inzwischen auch

Schwalbach, Jahrbücher für Dogmatik XIX S. 64. 65

angeschlossen hat. Von allen formellen Einwänden abgesehen: eine drohende Kompensationseinrede kann (auch nach Windscheid) der Gläubiger-Schuldner nur durch Zahlung beseitigen, wenn sein Gegner auf außergerichtliche Aufrechnung freiwillig nicht eingeht: warum aber könnte von ihm verlangt werden, daß er zahle, da die Rechtsordnung doch die Kompensationsbefugniß beiden Theilen gewährt? Die echten und unechten Anfechtungseinreden zu beseitigen steht überhaupt nicht in des Gläubigers Macht. Der Verkäufer kann seinerseits nicht wegen heimlicher Mängel oder wegen Minderwerths der verkauften Waare auf Lösung des Handels dringen, er muß abwarten, ob der Käufer der actio venditi gegenüber die exceptio redhibitoria erhebt. Sonach hat er weder die Macht, noch auch, ehe es der Käufer verlangt, die Pflicht, das Kaufgeschäft rückgängig zu machen: und dennoch hemmt anerkanntermaßen die Möglichkeit einer Redhibitionseinrede die Verjährung der actio venditi nicht. Wenn es aber andererseits einen Fall giebt, in welchem von Pflicht und Macht des Berechtigten gesprochen werden darf, eine seinem Anspruch drohende Einrede zu beseitigen, so liegt ein solcher sicherlich dann vor, wenn

der Eigenthümer seine Sache für eigene Schuld zu Pfand gegeben hat. Und gerade hier, wo der Vindication die Einrede der Verpfändung entgegengesetzt werden kann, läuft ihr keine Verjährung! Was für solchen Fall Windscheid a. a. O. Note 3 a. E. bemerkt, trifft nur zu bezüglich der **actio pigneraticia directa**, nicht aber bezüglich der rei vindicatio.

Nicht minder vereinfacht sich die Lehre von der Verjährbarkeit der Einreden. Daß verneinende Einreden keiner Verjährung unterliegen — wenn auch dilatorische Einreden möglicherweise einer vertragsmäßigen oder gesetzlichen Befristung — bedarf nach dem über das Wesen derselben Bemerkten keiner weiteren Begründung. Dagegen steckt in den rechtsverfolgenden Einreden die Geltendmachung eines Anspruchs, wenn auch nur zum Zwecke der Vertheidigung. Die Frage ist hier, ob die nämliche Thatsache, die ihm die Kraft zum Angriffe benimmt, auch die defensive Verwerthung desselben erlöschen läßt. Diese Frage ist zu bejahen — und zwar in Uebereinstimmung sowohl mit der herrschenden Lehre:

A. A. jedoch Dernburg, Pandekten (2. Aufl.), I § 150 S. 347.

wie mit der Judikatur oberster Gerichte:

Erkenntniß des Obertribunals Berlin bei Seuffert, Archiv XXXIII No. 279.

Entscheidungen des Reichsgerichts II S. 158.

Vgl. auch Seuffert, Archiv XXXVIII No. 95,

wie auch endlich mit der Anschauung des Entwurfs.

Motive I S. 291.

Ueberdies hat auch das Reichsrecht verschiedentlich schon neben der Verjährung der entsprechenden Klage die der Einrede anerkannt. So spricht das Handelsgesetzbuch Art. 408 vgl. mit Art. 386 von „Verjährung der Klagen und Einreden"

gegen Spediteur und Frachtführer, sowie Art. 349 von einem Erlöschen der Einreden — so läßt § 12 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 „das Anfechtungsrecht" verjähren, indem es damit auch „die Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede" ausschließt (§ 5) — so bestimmen die §§ 112, 132 der Gewerbeordnung: „Der Anspruch auf Entschädigung erlischt, wenn er nicht innerhalb vier Wochen — — im Wege der Klage oder Einrede geltend gemacht ist."

Nur eins ließe sich hier legislatorisch bemerken. In der Mehrzahl der Fälle, in denen der Beklagte schließlich von einer rechtsverfolgenden Einrede Gebrauch macht, ist er vor Erhebung der Klage wider ihn (zwar nicht rechtlich aber thatsächlich) befriedigt. Wer aus erpreßtem Schuldversprechen obligatorisch haftet, ist zwar zunächst d. h. vor Anfechtung des Geschäfts schuldig, aber er fühlt wirthschaftlich vorerst diese seine Verpflichtung nicht. Der Käufer einer mit heimlichen Mängeln behafteten Sache entbehrt zwar das erhoffte Gut, dafür hat er jedoch, wenn noch nicht gezahlt ist, das Kaufgeld im Beutel. Bei beiderseits noch unerfülltem zweiseitigen Geschäfte hat einstweilen noch jeder Theil das Seine. Der Gläubiger, der zugleich Schuldner seines Schuldners ist, hat zwar als Gläubiger noch keine Befriedigung, bleibt aber als Schuldner mittlerweile unbedrängt. In diesen und ähnlichen Fällen hat derjenige, welcher mit Klage belangt eine rechtsverfolgende Einrede zu seinem Schutze gebrauchen könnte, ehe er verklagt wird, die rechtliche Möglichkeit, aber kaum thatsächlichen Anlaß seinerseits zu klagen; es genügt ihm, den gegenwärtigen Zustand festzuhalten. Hier dürfte es sich empfehlen, dem Interessenten die Möglichkeit zu geben, auch ohne klagen zu müssen sich den künftigen Einredeschutz zu erhalten. Das Mittel hierzu wäre etwa eine Anzeige an den Gegner innerhalb der Verjährungsfrist. Wie schon das römische Recht den Protest kennt

als Ersatz für die Klagerhebung zum Zwecke der Unterbrechung der Klagverjährung,

c. 2 C. de annali exc. 7, 40,

so macht auch das Reichsrecht in einer großen Anzahl von Fällen Gebrauch von der Anzeige als eines Mittels zur ferneren Fixirung des Anspruchs.

Art. 349, 386, 408 des Handelsgesetzbuchs.

§ 4 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879.

§ 17 des Reichsgesetzes vom 25. Juli 1868, betr. die Quartierleistung.

§ 22 des Reichsgesetzes vom 13. Juni 1873, betr. die Kriegsleistungen.

§ 8 des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1887

u. a. m.

Damit wäre auch namentlich dem Uebelstande betreffs der exceptio non adimpleti contractus abgeholfen. Denn mit Verjährung des Anspruchs auf Erfüllung ist auch die Geltendmachung desselben im Wege der Einrede abgeschnitten. Jeder Versuch, hier der Einrede eine „selbständige Existenz" gegenüber der klageweisen Verfolgung zuzusprechen, scheitert an seiner inneren Unhaltbarkeit. Wenn irgendwo ist es hier dieselbe Forderung, das nämliche Verlangen der Erfüllung, welches in der klageweisen und einredeweisen Verfolgung hervortritt.

A. A. Wildhagen a. a. O. S. 44 fg.

Andererseits ist eine gewisse Unbilligkeit nicht zu verkennen, will man z. B. bei einem Kaufe, der beiderseits unerfüllt geblieben ist, nach 30 Jahren dem Käufer Klage und Einrede absprechen, falls dem Verkäufer die actio venditi — etwa weil der Kaufpreis auf ein Jahr gestundet war — eine Zeitlang noch zusteht. Nach den Umständen des Falles könnte überhaupt vielleicht aus dem langjährigen beiderseitigen Schweigen ein Abgehen vom Vertrage, ein contrarius consensus, gefolgert

werden. Aber auch da, wo dies nicht angehen sollte, wäre dem Käufer mit dem befürworteten Mittel die Möglichkeit gegeben, durch einseitigen Akt — durch Anzeige an den Gegner innerhalb der Verjährungszeit — sein eventuelles Erfüllungsverlangen zu fixiren und sich damit wenigstens seine Einrede zu sichern. Damit wäre auch eine störende Ungleichheit beseitigt. Während der Entwurf bei den Ansprüchen auf Wandelung und Minderung und einer Anzahl anderer Fälle (§ 397, 407, 571) nach Verjährung des Anspruchs auch die einredeweise Geltendmachung desselben hinwegfallen läßt, wird dies bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 364) sowie in einer Anzahl weiterer Fälle anders geordnet — wie mich dünkt nicht im Interesse der Rechtskonsequenz.

VIII.

Zumeist ist man geneigt, eine besondere Gruppe von Einreden den verneinenden gegenüberzustellen — doch soll eben diese Gruppe im Großen und Ganzen mit den Exceptionen der Römer zusammenfallen, weßhalb man auch letzteren Namen für sie beibehalten will. Die Haltbarkeit dieser Auffassung ist endlich noch zu beleuchten.

Nicht richtig ist zunächst, daß das, was h. z. T. als Rechtsverfolgung zum Zwecke der Vertheidigung sich erweist, bei den Römern nur in Gestalt einer exceptio zur Geltung gebracht werden konnte. Wo einer Vertheidigung das Exceptionsgewand gegeben wird, besagt dies nur, daß der erkennende Richter ohne diesen Hinweis in der Formel eben nach dem Wortlaute und dem Sinne der letzteren auf die betreffende Vertheidigung keine Rücksicht zu nehmen befugt ist. Daher in einzelnen Fällen der Zweifel, ob der Beklagte schon nach der Fassung der intentio genügend geschützt sei oder besser thue, die Einschaltung einer exceptio zu erwirken.

l. 4 usufructuarius 7, 9: „— aut ipso iure inutiliter agi dicendum est, si viri boni arbitrium huc usque porrigitur, aut in factum excipere debebit".

l. 34 § 1 de O. et A. 44, 7: „— aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius".

l. 1 § 7 quarum rerum 44, 5: „— an haec exceptio sit necessaria? et puto ipso iure tutum esse libertum adversus exactionem patroni".

l. 38 de H. P. 5, 3: „— et id ipsum officio iudicis continebitur: nam nec exceptio doli mali desideratur".

l. 3 § 5 nautae 4, 9: „— vel officio iudicis vel doli exceptione".

l. 7 § 3 i. f. quod vi aut clam 43, 24

u. a. m.

Ueber die Art der Vertheidigung, ob Verneinung des klägerischen Anspruchs oder Geltendmachung eines Gegenanspruchs, besagte jene Thatsache nichts. Wo das Civilrecht sich entschließt, dem Beklagten auch die Vertheidigung durch Gegenangriff zu gestatten, wird der Richter bei der formula in ius concepta auch ohne ausdrücklichen Ausnahmebefehl die rechtsverfolgende Einrede des Beklagten berücksichtigen müssen. Einen Beleg ergiebt das agere cum compensatione des argentarius. Selbst der actio stricti iuris gegenüber dürfte Beklagter hier noch vor dem iudex eine in der intentio nicht in Abzug gebrachte Gegenforderung vorbringen und hierdurch Abweisung des Klägers erreichen.

Gai. IV §§ 64. 66. 68.

Im Hinblick auf diesen sicheren Specialfall braucht hier der alte Streit über die sonstige Bedeutung des ipso iure compensari nicht erneuert zu werden. Ein zweites Beispiel giebt der Satz des Dotalrechts „impensae necessariae dotem

ipso iure minuunt". Gewiß wird ein Gegenanspruch erhoben, falls der auf Herausgabe der dos belangte Ehemann Ersatz für seine nothwendigen Verwendungen begehrt: denn sachlich ist es Retention, wie dies auch Ulpian anerkennt.

Ulp. VI, 9, 14: „Retentiones ex dote fiunt ... propter impensas .... Impensarum species sunt tres: aut enim necessariae dicuntur . ."

Allein jener Satz des ius civile hatte zur Folge, daß dieser Gegenanspruch auch ohne Exceptionszusatz vom Richter zu berücksichtigen war.

An diesen Beispielen, die sich leicht vermehren lassen, zeigt sich schon nach der einen Seite hin eine Abweichung zwischen dem Anwendungsgebiete der exceptio und dem der rechtsverfolgenden Einrede. Das der letzteren reicht hier über das der ersteren hinaus, übergreifend in das Gebiet der ipso-iure-Vertheidigung. Allein viel offensichtlicher ist die Abweichung nach der andern Seite hin. Weitaus nicht alle römischen Exceptionen dürfen zu den rechtsverfolgenden Einreden gezählt werden. Schon nach den bisherigen Erörterungen waren viele Einwendungen, welche im römischen Processe Exceptionen bildeten, der Gruppe der verneinenden Einreden zuzuweisen. Auch wird von Savigny bis herab zu den neuesten Anhängern der herrschenden Lehre stets anerkannt, daß „die Grenze d. h. die Unterscheidung der Fälle, die dem einen oder dem andern Gebiete angehören, großentheils von positiven Rechtsregeln abhängig" sei und mithin nur „einen historischen Charakter" trage.

von Savigny, System V S. 156.

Und namentlich wird jetzt von den Vertheidigern des Exceptionsbegriffs meistentheils zugegeben, daß „die Auffassung der exceptio als eines rein prozessualen Begriffes die einzige richtige sei gegenüber den prätorischen actiones in factum".

Birkmeyer a. a. O. S. 8.

Aber auch sonst wird eine große Anzahl römischer Exceptionen, z. B. die exceptio pacti de non petendo, h. z. T. unbedingt den verneinenden Einreden zugesellt. Unter solchen Umständen wird sich die Beweisführung darauf beschränken können, diejenige exceptio, welche auch in jüngster Zeit wieder

Bekker, System I § 28 S. 91.

Dernburg, Pandekten (2) I § 120 § 137 Anm. 10 S. 279. 313.

Wendt, Pandekten § 96 S. 259.

Windscheid, Pandekten (6) I § 82 S. 248; II § 487 S. 887.

vorzugsweise als Beleg der fortdauernden Geltung des römischen Exceptionsbegriffs genannt wird und welche sonach ein Hauptbollwerk der herrschenden Lehre bildet, aus der Gruppe der rechtsverfolgenden Einreden auszuscheiden. Ich meine die exceptio SC. Velleiani.

Erst kürzlich ist durch eingehende Untersuchungen wahrscheinlich gemacht worden, daß der Ausgangspunkt für die gesammte Lehre vom Verbote der Frauen-Intercession die Versagung der defensio gewesen sei, welche kraft magistratischer Gewalt Personen weiblichen Geschlechts gegenüber erfolgte.

Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte (1887) S. 65 fg.

Schon hieraus ergiebt sich als naheliegend, daß dem prätorischen Versagen der Defension und der hierdurch herbeigeführten Unmöglichkeit derselben

l. 2 § 5 ad SC. Velleianum 16, 1 „proinde neque maritum neque filium neque patrem permittitur mulieri defendere“

wahrscheinlich eine Ungültigkeit der später verbotenen Intercessionsgeschäfte entsprach; nur daß diese Ungültigkeit keine civilrechtliche war, vielmehr nach der absichtlich gewählten

Fassung des Senatsschlusses der Verwirklichung durch die Jurisdiktionsgewalt der Magistratur überwiesen wurde. Jedenfalls kann darüber kein Zweifel sein, daß Intercessionsgeschäfte nach Absicht des Senats den Frauen geradezu verboten werden sollten: so daß von vornherein an mehr wie an bloßen Schutz der Frauen, an ein bloßes Abwehrrecht derselben, zu denken ist.

l. 16 § 1 eod.: „quia totam obligationem senatus improbat."

Paulus S. R. II, 11 § 1 „— intercedere mulieres prohibentur".

c. 14 C. ad SC. Velleianum 4, 29: „mulierem contra SCi Velleiani auctoritatem non posse intercedere —".

Prüfen wir nun, was nach den Einzelentscheidungen der Quellen anzunehmen steht: bloßes Abwehrrecht der Frau oder prätorische Richtigkeit.

Wenn auch von Windscheid (I S. 248, 249) und von der herrschenden Lehre zwischen den einzelnen Arten der Ungültigkeit, welche nicht Nichtigkeit ist, unterschieden wird, in dem einen Punkte sollen dieselben doch zusammentreffen, daß „wenn das Rechtsgeschäft nicht nichtig ist, eine Reaction gegen dasselbe erforderlich (sei), um seine Wirksamkeit auszuschließen" und daß „diese Reaction — von bestimmten Personen ausgehen" muß.

Die „bestimmte Person", von der die Reaktion auszugehen hätte, müßte hier natürlich die Frau sein. Daß sich auch deren Bürgen und andere Personen ihrer Seite der exceptio bedienen dürfen, ist nicht auffällig — wennschon bemerkt werden mag, daß auch dem nichtregreßberechtigten Bürgen die exceptio gewährt wird und die gesammte Bestimmung hiernach nicht allein von einer Fürsorge für die Frau getragen erscheint.

Ist es nun richtig, daß die Intercession einer Frau bis zu jener Reaktion Gültigkeit hat? Die Frage ist m. E. u

verneinen. In offenbarem Widerspruche mit jener Annahme steht zunächst die bereits berührte Erscheinung, daß jede Defension, welche unter den Begriff der Intercession nach dessen letzter Entwicklung fiel, der Frau überhaupt nicht verstattet wurde.

l. 2 § 5 l. 3 eod.

Stände der Frau ein Intercediren frei und hätte sie nur, falls sie wollte, eine Reaktionsbefugniß gegen dessen Wirkung mittels exceptio, so hätte der Prätor der Frau auch die Defension gestatten müssen, im Hinblick darauf, daß sie immer noch gegen die actio iudicati die exceptio SCi vorschützen durfte. Auch zeigt l. 32 § 4 eod., daß der Prätor unter Umständen die Defension zuließ unter Kautionsleistung der Frau, daß sie der actio iudicati gegenüber die exceptio nicht vorschützen werde.

In fernerem Widerspruche mit jenem Reaktionserfordernisse stände es, wenn die exceptio SCi wirklich, wie Neuere annehmen,

vgl. namentlich Gradenwitz a. a. O. S. 74, 127, 309, 311,

auch ohne Antrag der beklagten Frau vom Prätor der Formel einverleibt worden wäre. Doch läßt sich, wenn auch manche innere Gründe dafür sprechen, ein quellenmäßiger Beweis nicht beschaffen. Zweifellos scheint nur das Eine zu sein, daß der Prätor die actio denegirte, falls in iure zwischen den Parteien Einverständniß betreffs solcher Thatsachen bestand, welche das Geschäft, aus dem geklagt werden sollte, zum Intercessionsgeschäfte stempeln mußten, einerlei ob die Frau auf den Senatsschluß Bezug nahm oder nicht.

l. 12 de minoribus 4,4: „Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summoveri debet —“.

Vgl. l. 9 pr. de iureiurando 12, 2: „— denegatur actio: aut, si controversia erit, id est si ambigitur, ..., exceptioni locus est“.

Ob aber der Prätor auf den bloßen Verdacht hin, es handle sich um eine Intercession, die exceptio von Amtswegen in die Formel einrückte, ist weniger sicher.

Geringeres Gewicht lege ich dem Umstande bei, daß der Intercedentin bei irrthümlicher Zahlung condictio indebiti zusteht. Die erforderte Reaktion könnte hier in der Klagerhebung gefunden werden, welche freilich dann die Kraft besitzen müßte, das damalige debitum in ein indebitum zu verwandeln. Wenn aber jedes Konstitut — das eigene wie das fremde — betreffs einer unter das SC. Velleianum fallenden Schuld nach dem allgemeinen Satze der

l. 3 § 1 de pecunia constituta 13,5

für gänzlich wirkungslos erklärt wird, so ist dies nur mit prätorischer Richtigkeit jener Schuld zu vereinen. Denn eine Reaktion wird hier in keiner Weise vorausgesetzt und dennoch soll der Richter — und zwar, wie im Falle der condictio indebiti, kraft seines officium — erkennen, daß das Versprochene nicht geschuldet und demgemäß der beklagte Theil freizusprechen sei. Und daß hier der Prätor, bei sofortiger Liquidität des Verhältnisses, die actio de constituta pecunia denegirte, ist ebenfalls zweifellos. Derselben Beweisreihe gehört endlich der Satz an, daß die von der Frau zur Sicherung ihrer Intercessionsschuld gegebenen Pfänder nicht haften.

l. 29 pr. ad SC. Velleianum 16, 1: „— pignora ab ea data non teneri“.

Wenn hiergegen

l. 2 quae res pignori datae obligari non possunt 20, 3

nur von einem succurri redet und demgemäß nur Schutz

durch exceptio zu gewähren scheint, so wird vielleicht das gedachte Wort nur um deßwillen gebraucht, um auch den zweiten Fall der Stelle — Verpfändung für die naturalis obligatio des Haussohns, der ein Gelddarlehn empfangen — in gleicher Weise zu umfassen.

Ein weiterer Beleg für die prätorische Richtigkeit der Intercession ist der Behandlung der Intercession durch Pfandgabe zu entnehmen.

l. 39 § 1 l. 40 de R. V. 6, 1: „— mulierem, quae intercedens fundum pignori dedit, quamvis a creditore distractum posse in rem actione petere: quia nullum pignus creditor vendidisse videtur".

l. 32 § 1 ad SC. Velleianum 16, 1.

c. 7 C. ad SC. Velleianum 4, 29.

Allerdings geht hier eine Reaktion von Seiten der Frau aus. Allein diese käme in der Form der rei vindicatio zu spät, falls die Pfandgabe und demnach auch der Verkauf und die Eigenthumsübertragung an den Käufer ursprünglich gültig gewesen wäre. So aber hat der iudex — und zwar allein kraft seines officium — nur das Eigenthum der Klägerin zu prüfen und den Einwand des Beklagten, daß jenes Eigenthum nicht mehr bestehe, da er selbst Eigenthümer geworden sei, aus dem Grunde „nullum pignus creditor vendidisse videtur" zu beseitigen. Sagt doch auch Gordian in der citirten Codexstelle ausdrücklich:

„— creditor — — fundum — — vendendo — dominium mulieri auferre nequivit."

Für die prätorische Richtigkeit der Intercessionsschuld ist endlich der Umstand beweisend, daß die actio restitutoria dem Gläubiger sofort gewährt wird, nicht erst, falls die Frau gegen ihr Verpflichtetsein reagirt.

l. 24 § 2 ad SC. Velleianum: „— statim cum mulier

intercesserit actio in priorem creditorem competit". c. 16 C. eodem.

Der Gläubiger selbst kann sonach seine Forderung aus dem Intercessionsgeschäfte als nicht vorhanden prätorischerseits behandeln lassen. Daß gerade hier — z. B. bei Wiedergewähr einer temporalis actio l. 24 § 3 eodem — eine Nichtigkeit, die nur auf Grund prätorischer Satzung eintrat und der Vermittlung bedurfte durch das lebendige Eingreifen des Prätors, zu ganz anderen, freieren und brauchbareren Ergebnissen führen mußte als eine Nichtigkeit, welche die Folge eines starren und unbiegsamen Satzes des ius civile gewesen wäre, soll keineswegs in Abrede gestellt werden. Nur gegen das „Reaktionserforderniß" als Vorbedingung der Nichtgeltung hatte ich mich zu wenden.

Für die bloße Aufechtbarkeit nach dem SC. Velleianum im Gegensatz zu der wahren Nichtigkeit der Intercession, welche die von Justinian vorgeschriebene Form nicht einhält, beruft man sich jedoch auf

c. 23 § 3 C. h. t.: „Sin autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes, pro nihilo habeatur hiusmodi scriptura — — nec SCi auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta. —"

Und in der That läßt die Stelle, namentlich im Zusammenhalt mit den Worten des § 2

„— sancimus, non aliter eas — — posse se pro aliis obligare, nisi instrumento publice confecto — —: tunc etenim tantummodo eas obligari et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum — veteribus legibus cauta — sunt—"

kaum eine andere Deutung zu, als daß die Nichtigkeit wegen Formmangels von Amtswegen, der Rechtsschutz des Senatsschlusses nur auf Antrag zu beachten sei. Damit wäre allerdings die bloße Anfechtbarkeit derjenigen Intercession erwiesen,

bei welcher die Form gewahrt worden ist. Allein immerhin würde dies nur für das Justinianische Recht sowie für unser heutiges gemeines Recht beweisend sein. Wir hätten dann einen weiteren Fall bloßer Anfechtbarkeit: und daß die einredeweise Geltendmachung der Anfechtung eine rechtsverfolgende Einrede bildet, ist oben hervorgehoben worden. Für die Auffassung des klassischen römischen Rechts, für welche allein die ursprüngliche Bedeutung der exceptio in Betracht kommt, beweist die Kodexstelle nichts. Ist doch auch sonst nachweisbar, daß sich der Grundgedanke des SC. Velleianum in der späteren Kaiserzeit verschoben hatte. Das ursprüngliche Verbot der Intercession hatte sich allmählich abgeschwächt zu einer Rechtswohlthat, welche den Frauen ihren Intercessionen gegenüber gewährt wird. Darum die stete Bezeichnung als auxilium SCi, die sich in den späteren Konstitutionen findet — darum die unbefangene Zumuthung eines Verzichts, die Justinian an die Mütter stellt, welche die Vormundschaft über ihre Kinder übernehmen wollen:

c. 3 pr. C. quando mulier 5, 35: „et renuntiet SCi Velleiani praesidio" —

Nov. 118 c. 5: „si inter gesta — — auxilio Velleiani SCi renuntiat",

während sicherlich in erster Zeit ein derartiger Verzicht unzulässig war — darum endlich die weiteren Verfügungen Justinian's wider die Intercessionen der Frauen und Ehefrauen. Hier aber kam es einzig und allein darauf an, an dem Beispiele der exceptio SCi Velleiani den Nachweis zu führen, daß die exceptio des klassischen römischen Rechts mit dem nichts gemein hatte oder doch begrifflich nichts gemein zu haben brauchte, was für das heutige Recht hier „rechtsverfolgende Einrede" genannt wird.

III.

Zur Lehre von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte.

Von
Dr. **Ludwig Mitteis**, Professor in Prag.

I. Vorbemerkungen.

Wer sich heute mit der Lehre von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte befassen will, dem wird vor Allem der Mangel an einheitlicher Systematik auffallen, welcher auf diesem Gebiete Platz gegriffen hat. Im Großen und Ganzen — wenn auch nicht völlig unbestritten — herrscht zwar daselbst auch heute noch der bekannte Gegensatz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit Verfolgt man aber die feinere Durcharbeitung dieser Begriffe so wird man auf die größten Divergenzen stoßen. Es sind eben wenige so enthaltsam gewesen wie Savigny, der unter Anfechtbarkeit einfach den contradictorischen Gegensatz von Nichtigkeit verstand, ohne im übrigen näher zu definiren, und es kann den Neueren nicht verdacht werden, daß sie zu einer bestimmteren Begriffsbildung vorzudringen trachteten. Aber auf der andern Seite hat die Aufstellung von Systemen und Kategorien, die Annahme neuer und die Verwerfung alter Begriffe, die Einbeziehung oder Ausscheidung gewisser Erscheinungen aus der Ungiltigkeitslehre eine Divergenz der Begriffe und der Terminologie hervorgerufen, welche nur derjenige ganz

zu empfinden vermag, der auf diesem Gebiet nach einer einheitlichen Terminologie suchen möchte[1]). Nicht die Rechtsregeln sind es, über die man zweifelt; die Rechtssätze sind hier so unbestritten wie auf wenig andern Gebieten und man ist in der Behandlung jedes einzelnen Ungiltigkeitsfalls nicht uneiniger, als es sonst durchschnittlich zu sein pflegt. Dagegen ist man in der Schematisirung des Ganzen von einer Einigkeit sehr weit entfernt.

Ueber eines sind alle einig: nichtig ist dasjenige Rechtsgeschäft, welches für die Rechtsordnung nicht existirt. Aber bereits hier erhebt sich die Frage, ob der Begriff der Nichtigkeit schon dann anzuwenden, wenn das Geschäft etwa wegen mangelnder subjectiver Verfügungsbefugniß eines Contrahenten über den Gegenstand des Geschäfts unwirksam bleibt[2]), oder wenigstens dann, wenn es an einem wesentlichen Erfordernisse rechtsgiltiger Willenserklärung fehlt, oder nur dann, wenn trotz des Vorhandenseins aller regelmäßigen Erfordernisse ausnahmsweise Giltigkeit nicht eintritt. Sodann ist Streit über die Zulässigkeit des Begriffs der relativen oder respectiven Nichtigkeit. Ist man selbst darüber im Reinen, so zweifelt man auf dem Gebiet der Anfechtbarkeit: ob die in integrum restitutio zur Anfechtung gehört oder nicht, ob die Anfechtung ex nunc oder ex tunc wirke, ob das Anfechtungsrecht der Concursgläubiger in unsere Lehre hineinzuziehen sei. Dann theilt man die Gesammtmasse der Ungiltigkeiten ein in einseitige, allseitige, gänzliche und theilweise, bedingte und unbedingte, ursprüngliche und nachfolgende, heilbare und unheilbare — Kategorien, welche großentheils mit dem Gegensatz

---

1) Dieselbe Klage bei Bekker, Couponsprozesse S. 36, Leonhard, Irrthum II § 16 S. 294, Menzel, Anfechtungsrecht der Gläubiger nach öst. Recht I § 2 Not. 6.

2) Hierüber sowie über das Nächstfolgende s. die Citate sub IV.

von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit gar nicht zusammenfallen; hie und da sucht man die ungiltigen Geschäfte selbst in die Kategorien der suspensiv und resolutiv bedingten hinüberzuführen [1]); dann bezweifelt man, ob es vertheidigungsweise Anfechtung überhaupt und anfechtbare Obligationen insbesondere gebe — ich erinnere nur an den allbekannten Exceptionenstreit — und schließlich ist auch das vorgekommen, daß manche den Gegensatz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit selbst leugnen und auf eine lediglich historische Erscheinung reduciren wollten [2]).

Indessen, wer unserer Literatur ob des sonderbaren Bildes, das sie hier bietet, einen Vorwurf machen wollte, würde bald an sich selbst erfahren, daß es leichter ist zu tadeln als zu verbessern. Wir wenigstens haben bei Ausarbeitung der nachfolgenden Darstellung erfahren, daß kaum irgend etwas schwieriger ist, als die auf dem vorliegenden Gebiete herrschenden Gegensätze auf bestimmte Linien zurückzuführen und mit Namen zu belegen. So wenig wir uns mit der geschilderten Verfassung der Lehre zufrieden geben möchten, so schwierig ist es doch, gegen die aufgestellten Kategorien anzukämpfen. Schließlich stehen ja die Begriffe von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nirgends geschrieben, und ist es sehr schwer, jemand zu beweisen, daß man ein bestimmtes Geschäft so oder anders nicht nennen darf. Der Geist der Sprache ist so wenig empfindlich für die Feinheiten des Rechts, daß prägnante Worte für die Begriffe oft nicht zu finden sind; Ausdrücke wie nichtig, ungiltig, unwirksam, kraftlos sind fast gleichwerthig; jeder sagt Alles. Vom sprachlichen Standpunkt aus ist z. B. nicht das mindeste dagegen

1) So z. B. Gradenwitz, Die Ungiltigkeit oblig. Rechtsgeschäfte S. 153.

2) Schloßmann, Zur Lehre vom Zwange §§ 2, 3; für defensive Anfechtung Lenel Exceptionen S. 136. — Dagegen Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht S. 274.

einzuwenden, wenn Jemand ein relativ nichtiges Geschäft anfechtbar nennen will. Bei solchem Stande der Dinge könnten nur sehr hervorstechende, möglichst allgemeingiltige Merkmale, welche verschiedenen Gruppen von Ungiltigkeitsfällen zukämen, zur Bildung bestimmter Kategorien beitragen; und in der That haben einzelne Schriftsteller, wie Wächter [1]) und Unger [2]) ganze Kataloge solcher Merkmale zu verzeichnen gewußt. Leider muß man aber bei näherem Zusehen constatiren, daß diese Merkmale größtentheils nicht so markant oder nicht so allgemein zutreffend sind, wie sie hingestellt werden. Vielmehr läßt sich sagen, daß die Unterschiede zwischen den einzelnen Ungiltigkeitsfällen meist sehr geringe, daß die Gegensätze hier sehr fließende sind, so daß man oft nicht weiß, welcher Kategorie man den einen oder andern Fall zuweisen soll. Kommt in solch zweifelhaften Fällen noch das Schwergewicht einer hergebrachten Systematik und Nomenclatur hinzu, welche begreifliche Rücksicht fordert, so ist leicht einzusehen, daß die Herstellung einer befriedigenden und gesicherten Systematik auf diesem Gebiet so rasch kaum erhofft werden kann.

Wenn desungeachtet ein Versuch unternommen wird, zur Abklärung etwas beizutragen, so kann es nur ein sehr bescheidener sein, der das Anerkannte möglichst festzuhalten trachtet und mehr auf die Fehlercoefficienten, welche wir bei unseren Begriffen mitnehmen, hinweist, als diese Begriffe zerstören will. Es mag genügen, wenn klar zum Bewußtsein gebracht wird, wie sehr jedes einzelne Ungiltigkeitsindividuum nach seiner Eigenart zu behandeln ist, und wie sehr das System durch die Fülle des Lebens complicirt wird. Vielleicht wird man dann einige jener obigen Eintheilungen von selbst fallen lassen; denn

---

1) Württ. Priv. Recht II. S. 655 ff.
2) System II S. 160 ff.

manche derselben sind doch wahrhaft unfruchtbar. An einem Punkte jedoch muß an die Systematik ein bestimmtes Postulat gestellt werden, und dieser soll sofort zur Sprache gelangen.

II. Die Ungiltigkeit der Obligationen ist getrennt darzustellen.

Dieses Postulat besteht darin, daß die Lehre von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte darauf Rücksicht nehmen und das zum Ausdruck bringen soll: daß die, sozusagen, pathologischen Erscheinungen, welche die Ungiltigkeit mit sich bringt, nicht bei allen Arten von Rechtsgeschäften die gleichen, sondern je nach der verschiedenen Natur derselben verschiedene sind, welche die Einreihung in ein allgemeingiltiges System der Ungiltigkeit nicht vertragen.

Es müssen vielmehr, wenn man überhaupt schematisiren will, zwei verschiedene Systeme aufgestellt werden; ein allgemeines, welches die dinglichen und erbrechtlichen, sowie die familienrechtlichen Geschäfte, endlich die auf Uebertragung und den Verzicht bestehender Rechte gerichteten Geschäfte umfaßt, und ein spezielles, welches der besonderen Natur der obligatorischen Geschäfte — darunter verstehe ich hier nur Obligirungen im eigentlichen Sinn, nicht auch Cessionen, Erlaßverträge u. s. f. — Rechnung zu tragen hat.

Die eigenthümliche Natur der Obligationen bringt auf dem Gebiet der Ungiltigkeit manches Besondere mit sich, und daß man dies verkannte, daß man die beiden heterogenen Ungiltigkeitssysteme in einander zog, das hat es verschuldet, daß befriedigende Kategorien nicht zu finden waren, daß insbesondere der Streit um die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der exceptionsmäßigen Forderungen entstehen und sich so lange fortspinnen konnte, ein Streit, der gar nicht möglich gewesen

wäre bei der richtigen Erkenntniß, daß auf dem Gebiet der Forderungen die Ungiltigkeit naturgemäß andere Formen annimmt als anderswo.

Nur gelegentlich scheint ein oder dem anderen Schriftsteller ein derartiger Gedanken vorzuschweben. So vielleicht Windscheid, der — wie sich seine Ungiltigkeitslehre überhaupt durch starke Individualisirung auszeichnet, — für die exceptionsmäßigen Forderungen innerhalb der Anfechtbarkeit eine eigene Gruppe der „gehemmten, in sich kraftlosen" Rechte schafft[1]), so vielleicht auch Gradenwitz, welcher wenigstens erkennt, daß Anfechtbarkeit und Exceptionsmäßigkeit ganz verschiedene Dinge sind[2]). Indessen zu Ende geführt ist dieser Gedanke auch hier nicht; und der unendlich überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller ist er völlig fremd.

Nähere Ausführung und Begründung der behaupteten Eigenthümlichkeit der obligatorischen Ungiltigkeit soll und kann erst weiter unten in speziellerer Darstellung erfolgen; hier sind nur die Hauptpunkte zu bezeichnen, in denen die beiden großen Ungiltigkeitssysteme differiren.

1) Eine vielfach gebrauchte Eintheilung der Anfechtbarkeit ist die in Rescissibilität und Revocabilität, unmittelbare und mittelbare Anfechtung, — jenachdem der Bestand des Rechtsgeschäfts selbst aufgehoben oder nur die Wirkungen desselben (im obligatorischen Wege) rückgängig gemacht werden[3]). Diese Eintheilung halte ich für eine sehr richtige und fruchtbare, ja fast unerläßliche; aber eben weil ich sie aufrecht erhalten wissen möchte, ist dringend hervorzuheben, daß sie auf obligatorische Rechtgeschäfte nicht

1) Pand. 1[6] S. 247.

2) a. a. O. S. 312.

3) Vergl. z. B. Brinz, Pand.[1] S. 1635, Karlowa, Das Rechtsgeschäft § 27, Wendt, Pand. § 61, Unger II § 91 N. 83.

paßt, und daher mit deren Subsumtion in ein allgemeines Ungiltigkeitssystem hinwegfallen müßte.

Im Begriffe der Rescissibilität und Revocabilität liegt es ja, daß ein bereits in Wirksamkeit getretenes Geschäft aufgehoben, resp. dessen Wirkungen rückgängig gemacht werden. Wie könnte nun von diesem Gegensatz die Rede sein bei Obligationen, deren Wirksamkeit sich ja in einem einzigen Act, der Anforderung mit Klage, verzehrt? Hier findet ja die Anfechtung keine Wirksamkeit, die sie aufheben oder redressiren könnte, die exceptio zerstört nichts Bestehendes, sondern zeigt nur, daß die Forderung zur Wirksamkeit nicht gelangen kann. So gibt es denn auf dem Gebiet der dinglichen, erbrechtlichen u. a. Geschäfte einen Gegensatz in der Ungiltigkeit, der sich bei Forderungen nicht findet.

Auf dem Gebiet der Obligationen waltet vielmehr, wie wir finden werden, der Gegensatz von ungiltigen und exceptionsmäßigen Forderungen vor. Anfechtbarkeit und Exceptionsmäßigkeit sind aber grundverschiedene Dinge.

Dem entspricht Folgendes: Bezüglich der Anfechtbarkeit ist es eine alte Streitfrage, ob sie ex nunc oder ex tunc wirke. Die m. E. richtige, auch von Brinz[1]) bereits gegebene Lösung ist: Rescission wirkt ex tunc, Revocation ex nunc — eine Thatsache, die gleichzeitig den systematischen Werth der eben genannten Begriffe ins rechte Licht setzt. Für Obligationen werden wir aber finden, daß ihre Aufhebung stets ex tunc wirkt. Auch dieser Satz kann selbstverständlich nur in einer speziellen Darstellung der Obligationsungiltigkrit untergebracht werden.

2) Die Anfechtung ist nach der einmüthigen Behauptung Aller stets nur bestimmten berechtigten Personen verstattet.

1) a. a. O. S. 1635.

Auch dieser Satz ist — zwar nicht so allgemein, als man glaubt — aber doch im Ganzen für dingliche, erbrechtliche zc. Geschäfte richtig und entspringt der Natur solcher Geschäfte, die auch gegen alle dritten Personen wirken wollen, welche der Anfechtungsgrund nichts angeht. Der Satz wird aber unrichtig für Forderungen, welche dritten Personen gegenüber nur aus dem sehr intimen Grunde der Bürgschaft, Verpfändung oder Zahlung zur Sprache kommen können, in Folge dessen diesen Dritten die Berufung auf die Ungiltigkeit vielfach ebenso zu Gute kommt, wie jenem, um dessentwillen sie eingeführt ist.

Da aber mitunter die Anfechtung Bürgen, Pfändern und Zahlern doch nicht gestattet ist — dies wird zumeist übersehen — so wird bei Forderungen der besondere Satz aufzustellen sein: Die Ungiltigkeit kommt bald nur bestimmten Personen, bald jedermann zu Gute.

3. Endlich kommt es durch die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit dinglicher zc. Geschäfte zu einer mehr oder weniger vollständigen Zerstörung der Geschäftswirkungen: daß der Anfechtungsgegner die Vortheile des anfechtbaren Geschäfts weiter genieße, kommt nicht vor.

Bei Obligationen weist die Ungiltigkeit eine zwiefache Wirkung auf: Entweder sie schließt die Forderung nur gegenüber einer bestimmten Person, z. B. dem Hauptschuldner aus, läßt aber für andere eine unanfechtbare Obligation zurück — Naturalobligation — oder die Anfechtung durch den Hauptschuldner vernichtet jede weitere Forderung gegen die Accessionen, so daß ihnen gegenüber ipso iure nicht mehr geklagt werden kann — ein Fall, der der relativen Nichtigkeit ähnlich sieht[1]).

Aus dem Gesagten ergibt sich das Gesammturtheil, daß

1) Aber nicht identisch mit ihr ist.

die Ungiltigkeit der Obligationen viele spezifische Gegensätze aufweist, welche in einer allgemeingiltig sein sollenden Darstellung m. E. nicht zum vollen Ausdruck gebracht werden können. Daher werden im Folgenden zuerst die Ungiltigkeitsformen nicht obligatorischer, dann jene obligatorischer Geschäfte dargestellt werden, wobei die Richtigkeit dieser Behauptung des Näheren ersichtlich werden wird.

III. Ist die Anfechtbarket blos eine historische Erscheinung.

Ehe zur Darstellung der einzelnen Gruppen übergegangen wird, soll unsere Stellung zu der bekannten Controverse gekennzeichnet sein, welche aus der Erkenntniß des prätorischen Ursprungs der Anfechtung entstanden ist.

Es hat sich, seit Albrecht den prätorischen Ursprung der Exceptionen zuerst hervorgehoben, eine Strömung dahin geltend gemacht, daß der Gegensatz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit mit jenem von civiler und prätorischer Rechtsbildung zusammenhänge oder gar zusammenfalle. Ursprünglich verfolgte man diesen Gedanken nur in Bezug auf die exceptionsmäßigen Forderungen und Actionen; sodann hat Czyhlarz[1]) auch für die Lehre vom Zwange die Verbindung der Anfechtbarkeit mit dem honorarischen System hergestellt und erst nach ihm haben Andere den Gedanken ins Ungemessene erweitert, so daß heute Dernburg[2]) referiren kann, daß derzeit manche dem Gegensatz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit überhaupt innere Berechtigung absprechen.

Gegen letztere Meinung sich zu verwahren, hat wohl derjenige nicht nöthig, der eine Revision des Anfechtungsbe-

1) Jahrb. f. Dogm. XIII S. 1 ff.
2) Pand. I² S. 277.

griffes unternimmt; denn hiermit ist das Bestehen desselben anerkannt. Solche Anerkennung verträgt sich ganz wohl mit der Einsicht, daß jener Gegensatz seine heutige Gestalt zum Theil dem Dualismus der römischen Rechtssysteme verdankt und daß de lege ferenda ein oder die andere Aenderung wohl wünschenswerth sein mag. De lege lata darf aber nie verkannt werden, daß soweit die Duplizität des Rechtssystems sich auch materiell, nicht blos formell ausgeprägt hat, diese materielle Gestaltung der Dinge eben unverändert in die justinianische Compilation aufgenommen worden ist und somit trotz der Unifizierung des Rechtssystems unbedingt noch anerkannt werden muß, wie denn z. B. für die Lehre vom Zwang Czyhlarz[1]) mit Recht betont, wie wir der Thatsache, daß Justinian das — an sich bedenkliche — civile Prinzip der Giltigkeit erzwungener Geschäfte sanctionirt hat, unbedingt Rechnung tragen müssen.

Auch folgt aus dem Zugeständniß, daß für die Scheidung zwischen Anfechtung und Nichtigkeit das Bestehen des prätorischen neben dem civilen Rechtssystem vielfach von Einfluß gewesen ist, noch durchaus nicht, daß dieser Einfluß ein ausschließender ist. Es ist ein Verdienst Eiseles, innerhalb des Exceptionsstreites diese Folgerung immer von sich fern gehalten und die Möglichkeit anerkannt zu haben, daß die nur indirecte Aufhebungswirkung gewisser Thatsachen nicht lediglich auf der Duplizität des Rechts beruht hat, sondern zugleich auf einem daneben herlaufenden inneren Grund[2]). Wäre diese Möglichkeit in der Exceptionenfrage immer genügend berücksichtigt worden, dieselbe wäre kaum jemals mit so viel Entschiedenheit im Sinne der Richtigkeit beantwortet worden, als

1) a. a. O. S. 51.

2) Die materielle Grundlage der Exceptio S. 124.

es geschehen ist. Ja, man wird vielleicht bei eingehender Prüfung der einzelnen Anfechtungsfälle finden, daß man nicht oft Anlaß hat, über die positivrechtliche Gestaltung der Sache hinaus irgend eine Anfechtbarkeit in Nichtigkeit verwandelt zu wünschen.

Wo also die Anfechtung einen materiell verminderten Ungiltigkeitsgrad bedeutet, da ist sie auch heute noch als giltig anzuerkennen und zu handhaben.

Dies würde für unsere Zwecke genügen. Doch sei im Vorübergehen noch bemerkt, daß die Anschauung, wonach alles Anfechtungsrecht prätorischen, hinwiederum alle Nichtigkeit civilen Ursprungs sein soll, auch historisch mindestens ungenau ist. Zunächst kennt das prätorische Recht eine exceptio, die die Obligation allseits der nichtigen gleichstellt — die von Gradenwitz gerade in dieser Function stark betonte exc. Sc. Vellejani. Was aber noch mehr sagen will, es ist auch dem Civilrecht Anfechtung, und zwar sehr correct ausgebildete Anfechtung besser bekannt als man meint. Der erste Fall ist das Präjudizialverfahren ex lege Pompeja nach G. III 123. Nach der l. Pompeja hat der Gläubiger, welcher Sponsoren oder Fidepromissoren annimmt, die Verpflichtung, die Zahl derselben und den Gegenstand der Verbürgung jedem Einzelnen genau bekannt zu geben; wenn er dies unterläßt **permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intra diem trigesimum praejudicium postulare, quo quaeratur an ex ea lege praedictum sit; et si iudicatum fuerit, praedictum ita non esse, liberantur.** Die Verbürgung besteht hier vollkommen zu Recht und wird nur aufgehoben, dann aber auch ipso iure aufgehoben, wenn ein Urtheil praedictum non esse in bestimmter Zeit angestrebt und erwirkt worden ist[1]). Ein zweiter Fall gibt

1) Ueber den Zweck dieser Bestimmung vgl. Huschke Gajus S. 90.

sich im tit. D. de collusione detegenda 40, 16. l. 4: si libertinus per collusionem fuerit pronuntiatus ingenuus, collusione detecta in quibus (omnibus?) causis quasi libertinus incipit esse, eine jedem Bürger erlaubte Anfechtung, welche auf Senatsbeschlüssen und Kaiserlichen Constitutionen beruht, die man doch mindestens nicht dem prätorischen Recht gleichstellen wird, man mag im Uebrigen im Punkt des ius extraordinarium mit Kuntze oder Wlassak sein. Und wie rein die Anfechtungsnatur dieses Falles ausgebildet ist, zeigt die Fortsetzung der Stelle: medio tamen tempore, antequam collusio detegatur et post sententiam de ingenuitate latam utique quasi ingenuus accipitur. Es ließen sich vielleicht noch mehr dergleichen Fälle finden; ich erinnere schließlich nur an einen der eclatantesten, die in der civilen Centumviralgerichtspraxis ausgebildete querela inofficiosi testamenti, der gegenüber die Behauptung, daß alle Anfechtbarkeit prätorischen Ursprungs sei, beinahe unbegreiflich erscheint [1]).

Dieses ganz eigenthümliche Verfahren begründet eine Ausnahme von dem Satz, daß bei Obligationen Anfechtbarkeit nicht vorkommt.

1) Nicht minder ist dem römischen Staatsrecht der Gegensatz in sich nichtiger und formell bestehender, aber der Beseitigung ausgesetzter Acte wohlbekannt. Nichtig ist der trotz rechtmäßiger Intercession vorgenommene magistratische Act (Mommsen, Staatsrecht I S. 274), nichtig wahrscheinlich die unrechtmäßige Intercession selbst (ebenda Anm. 1), ebenso der Wahlact der Comitien bei gewissen flagranten Wahldefecten des Gewählten (ebenda I S. 454); und nicht weniger mußten Gesetze, bei denen die Comitien ihre grundgesetzliche Competenz überschritten, als nichtig cassirt werden (Mommsen l. c. III S. 366). Namentlich bei gesetzwidrigen Wahlen war Nichtigkeit das einzig mögliche, weil sonst die die Wahlcompetenz der Comitien regelnden Normen jeder Bedeutung entbehrten (vgl. noch hierüber und über die Behandlung verfassungswidriger Gesetze im griechischen Recht Leist, Gräco-italische Rechtsgeschichte S. 562 ff. 613). Dagegen galt bei vitiöser Auspication der dem Princip der Anfechtung entsprechende Satz: magistratus vitio creatus nihilo setius magistratus,

IV. Umfängliche Darstellung des zu betrachtenden Gebietes.

Daß etwas nicht vollgiltig sei, kommt in verschiedener Weise und aus verschiedenen Gründen vor. Der Kreis der Erscheinungen, die im allgemeinen Theil des Systems unter der Ungiltigkeitslehre behandelt werden sollen, kann daher enger und weiter gezogen werden. Somit müssen wir uns an jenen Punkten, wo hierüber in der Literatur Divergenzen bestehen, über die richtige Abgrenzung des Ungiltigkeitsbegriffs klar werden.

1) Am engsten gezogen erscheinen die Grenzen des Ungiltigkeitsgebiets in den systematischen Vorschlägen, welche Gradenwitz seinem Buch über die Ungiltigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte angeschlossen hat.

Nach Gradenwitz[1]) erscheint es systematisch zweckmäßig, „diejenigen wirkungslosen Rechtsgeschäfte auszusondern, bei denen eines der allgemeinen Erfordernisse für das Zustandekommen

wobei dem vitium der Wahl durch sofortige Abdankung der Magistrate Rechnung getragen wurde (Mommsen l. c. I S. 112, III S. 364, Karlowa, R.Geschichte I S. 160). Auch mangelhafte Auspication bei sonstigen Volksbeschlüssen zieht keine Nichtigkeit, sondern das rescindere comitiatum nach sich (Cic. de leg II 12, 31). Gewisse minder intensive Wahldefecte des gewählten Magistrats lassen die Wahl nicht als nichtig erscheinen, berechtigen jedoch den wahlleitenden Beamten, die Renunciation des Gewählten zu verweigern (Mommsen I S. 454), und endlich würde auch das Recht der Gemeinde, sich von einem unvortheilhaften völkerrechtlichen Vertrag der höchsten Magistrate unter Auslieferung der Paciscenten loszusagen, sich der Anfechtung eines giltig geschlossenen Vertrages nähern, wenn das Vertretungsrecht der Magistrate in dieser Richtung vollkommen anerkannt gewesen wäre. Doch hat sich, weil hier sehr häufig Spezialermächtigungen des Senats und Volks im vorhinein eingeholt wurden, hierüber eine feste Praxis anscheinend nicht gebildet. Das Vertretungsrecht wird anerkannt in den bei Mommsen l. c. I S. 232 N. 1 angeführten Fällen, in den N. 2 citirten dagegen geleugnet.

1) a. a. O. S. 327.

der Rechtsgeschäfte fehlt. Einen Fortschritt im System bedeuten und eine Stelle im System verdienen nur diejenigen Fälle, wo im Widerspruch mit den allgemeinen Regeln ausnahmsweise der beabsichtigte Erfolg gar nicht oder nicht vollständig eintritt." Hiernach wäre etwa die Schenkung unter Ehegatten, die dem Sc. Vellejanum oder Macedonianum widersprechende Obligirung, das pflichtwidrige Testament u. s. w. in der Ungiltigkeitslehre darzustellen; dagegen die in Folge von Unmündigkeit, Minderjährigkeit, Irrthum, Zwang, Betrug eintretende Ungiltigkeit an dieser Stelle zu ignoriren.

Diesem Vorschlag wird schwerlich beizustimmen sein. Selbst wenn es richtig wäre, daß an der Ungiltigkeit der letztgenannten Fälle alles selbstverständlich sei, würde die Thatsache, daß auf den ersten Blick auch bei ihnen der trügerische Schein der Giltigkeit vorliegt, daß wir auch sie „abusive" [1]) Rechtsgeschäfte nennen [2]), doch ihre Einbeziehung in unsere Lehre erzwingen. Ja es wäre ja geradezu irreführend, wollte man ad vocem Ungiltigkeit bloß der verbotenen ꝛc. Geschäfte Erwähnung thun. Aber abgesehen hievon: bestehen nicht auch unter den Arten der Ungiltigkeit, die auf einem Mangel essentieller Erfordernisse beruhen, weitgehende Verschiedenheiten [3])? Und soll man die Erörterung dieser den einzelnen Lehren überlassen, und so, was man an diesem Ort gruppenweise feststellen kann, dort von Fall zu Fall neuerdings auseinandersetzen? Und endlich: steht denn der Begriff der „allgemeinen Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts" genügend fest, um danach konstatiren zu können, ob etwas hier einzubeziehen sei oder nicht? Kann

1) l. 2 § 1 D. test. quemadm. 29, 3, cf. l. 24 D. de statut. 40, 7, l. 4 § 6 D. de re. jud. 42, 1. Schloßmann, Zwang 16.

2) Vgl. Leonhard, Irrthum II 297; Lotmar, Causa 11, 12; aber auch Zitelmann, Irrthum 287.

3) z. B. Irrthum einerseits — Betrug andrerseits.

man nicht auch sagen, daß die Erlaubtheit ein allgemeines Erforderniß der Rechtsgeschäfte sei und daraufhin auch die verbotenen Geschäfte aus unserer Lehre eliminiren? Ist die Frage, ob Willensfreiheit ein allgemeines Erfordernis der Rechtsgeschäfte sei, überhaupt einer bestimmten Beantwortung fähig angesichts des coactus volui einerseits, der exceptio metus andererseits [1])?

Ich denke demnach, daß der Vorschlag von Gradenwitz einerseits in der Durchführung auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen, andererseits der Ungiltigkeitslehre ihren systematischen Wert rauben und sie zu einem Sammelplatz aller möglichen, großentheils zufälligen Detailbestimmungen herabdrücken würde.

2) Bestritten ist ferner, ob in unserer Lehre auch jene Rechtsgeschäfte Platz zu finden haben, welche deswegen zu keiner Giltigkeit gelangen, weil der Disponent in concreto über den Gegenstand seiner Disposition kein Recht besaß, z. B. Veräußerungen durch einen Nichteigenthümer. Während man früher mit aller Unbefangenheit solche Geschäfte unter die nichtigen subsumirte [2]), hat man die Anwendbarkeit dieses Begriffs auf jene „unwirksamen" Geschäfte neuerdings wiederholt in Frage gestellt [3]); insbesondere hat auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich für solche Fälle den Ausdruck „Unwirksamkeit" vorgezogen [4]) [5]). Doch haben

---

1) Vgl. Leonhard, Irrthum II S. 302.

2) Expressis verbis z. B. Savigny, Syst. IV S. 559. Brinz, Pand. 1. Aufl. S. 1663.

3) Köppen, Jahrb. f. Dogm. XI S. 219, 388 ff. Hartmann, Die Obligation S. 175. Auch Karlowa, Rechtsgeschäft S. 120 zweifelt an der Zulänglichkeit des Nichtigkeitsbegriffs für solche Fälle. Vgl. auch Bechmann, Kauf I S. 688 ff.

4) Motive I S. 217.

5) Daß die Unterscheidung zwischen Ungiltigkeit und Unwirksamkeit in gewissem Sinne auch schon dem älteren römischen Obligationenrecht bekannt

sich in dieser Richtung kritische Stimmen bereits gegen den Entwurf erklärt [1]).

Sprachlich ist ja auch hier nichts gegen die Anwendung des Namens „Ungiltigkeit" oder „Nichtigkeit" einzuwenden; insofern das Nichtige etwas ist, was nicht als dasjenige, wofür es sich ausgibt existirt, ist ja „Nichts sicherer, als daß die Abtretung einer nicht existirenden Forderung nichtig ist". Eine ganz andere Frage aber ist es, ob mit einem solchen Ungiltigkeits- oder Nichtigkeitsbegriff viel gewonnen ist.

Klar ist ja, daß die Nichtigkeit in den zur Rede stehenden Fällen regelmäßig keine absolute Nichtigkeit des Geschäfts ist, indem dasselbe nach anderer Richtung noch mancherlei Wirkungen üben wird. Selbst die ohne vorhergegangenes Versprechen erfolgende Tradition einer fremden Sache erzeugt obligatorische Evictionspflicht [2]); auch das Legat einer fremden Sache kann für den Erben bindend sein — und wenn dies alles nicht der Fall ist, so folgt dies doch nicht aus der Ungiltigkeit des Rechtsgeschäfts, sondern aus dem besonderen Inhalt desselben, z. B. als Schenkung oder unwissentliches Legat einer res alinea; über diesen aber kann die Ungiltigkeitslehre keine Auskunft geben. So wird denn zunächst die Frage, welche Tragweite die Ungiltigkeit hat, im allgemeinen Theil des Systems nicht gelöst werden können, und man führt demnach in denselben „Ungiltigkeiten" ein, bezüglich deren man doch keine Regeln aufstellen kann. Es ist zwar richtig, daß auch beim Verkauf einer res extra commercium, den man unzweifelhaft nichtig nennen muß, die Möglichkeit von secun-

---

war, darüber s. Huschke, Gajus S. 71—77; vgl. unten S. 161 Note 1.

1) Hölder, Arch. f. civ. Prax. LXXIII S. 109. Vgl. neuestens auch Wendt, Pand. §§ 59, 60.

2) Windscheid, Pand. II § 332 N. 6b.

dären Verpflichtungen erwähnt werden muß; aber hier bezeichnet das Schlagwort „Nichtigkeit" doch soviel, daß jedenfalls das Erfüllungsinteresse nie verlangt werden kann, was z. B. beim Legat oder der Tradition einer fremden Sache nicht der Fall wäre. In jenem Fall ist also die Nichtigkeit eine reelle — der Vertrag selbst kommt nicht zu Stande; in diesem Falle ist sie eine trügerische — das Legat muß in veränderter Form aufrechterhalten werden.

Der Name Ungiltigkeit ist daher hier geradezu irreführend. Was er zu sagen scheint, ist nur zum Theile wahr, und was an ihm wahr ist, ist eine so selbstverständliche Folge des Satzes **nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet**, daß sie gefahrlos übergangen werden kann.

Eine dringende Veranlassung, solche Geschäfte, etwa der Vollständigkeit halber, hier nicht zu übergehen, liegt denn auch umsoweniger vor, als es mit ihrer Ungiltigkeit auch rein sprachlich doch nicht so ganz ohne Bedenken ist, selbst abgesehen von den Nebenwirkungen, die sie erzeugen. Wenn die Veräußerung einer fremden Sache durch Ratihabition des Eigenthümers convalesciren kann, und schon jetzt das publicianische Recht des Accipienten erzeugt, dürfte es doch correcter Sprachweise angemessener sein zu sagen, sie sei nicht vollwirksam, also sei sie ungiltig.

Nennt man sie dennoch nichtig, so beeinträgtigt man endlich auch die einheitliche Natur des Nichtigkeitsbegriffs. Denn übereinstimmend lehrt man von der Nichtigkeit, daß sie einer Convalescenz nicht fähig sei, wenigstens in aller Regel nicht. Da aber Dispositionen eines Unberechtigten auf die leichteste Weise convalesciren können, müßte man hier einen Gegensatz in der Nichtigkeit aufstellen. Es werden sich aber noch so viele Gegensätze auf unserem Gebiet ergeben, daß es systema-

tisch nicht wünschenswerth erscheint, ihre Zahl ohne dringende Nothwendigkeit zu vermehren.

3) Ist die in integrum restitutio mit der Ungiltigkeitslehre resp. der Anfechtbarkeit in Verbindung zu setzen? Die meisten nehmen keinen Anstand es zu thun; dagegen erklären sich Unger[1]) und neuestens wieder Endemann[2]). Bei Unger findet sich nähere Begründung nicht; es läßt sich vermuthen, daß er die behauptete ex nunc-Wirkung der Anfechtbarkeit mit der in integrum restitutio nicht glaubte vereinbaren zu können. Endemann beruft sich darauf, daß die in integrum restitutio kein ungiltiges, sondern ein an sich rechtsbeständiges Geschäft voraussetzt. Hier ist wohl die Ausdrucksweise mangelhaft; „an sich rechtsbeständig" ist ja jedes anfechtbare Geschäft. Die eigentliche Meinung Endemanns dürfte jedoch sein, daß bei dem arbiträren Charakter der Restitutionsbewilligung von einer dahin gehenden Qualification des Rechtsgeschäfts nicht die Rede sein könne; die Restitution folgt nicht aus dem Rechtsgeschäft. — Indessen sind die Voraussetzungen der Restitution doch objektiv bis zu einem gewissen Grade geregelt[3]), und die größere oder geringere Freiheit des richterlichen Ermessens in Zulassung einer Anfechtung scheint mit dem Begriff derselben in keiner Weise unvereinbar. Wir werden daher auch die Restitutionen in den Kreis der Betrachtung ziehn.

4) Ist endlich die Anfechtung der Rechtshandlungen von in Concurs verfallenen Schuldnern eine Erscheinung der Ungiltigkeit?

Auf diesem Standpunkte stehen die Motive der Anfech-

---

1) System II § 91 N. 83.
2) Die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze S. 98.
3) So richtig auch Bar, Internat. Privatrecht S. 186.

tungsgesetze [1]) und die Mehrzahl der Schriftsteller [2]), von denen allerdings einige den besondern Gesichtspunkt der in integrum restitutio in Anwendung bringen [3]); dagegen ist jedoch neuerdings Widerspruch erhoben und die Anwendbarkeit der Ungiltigkeitskategorien auf diese Fälle geleugnet worden [4]).

Man beruft sich hiefür darauf, daß die Anfechtung der Gläubiger lediglich einen Rückforderungsanspruch, niemals Vindicationen erzeugt [5]). Dies völlig zugestanden, ist allerdings noch kein stringenter Beweis gegen die Subsumtion unter die Ungiltigkeitslehre, so lange man dort den Begriff der Anfechtbarkeit nicht auf die Rescissionsfälle beschränkt, sondern auf die Revocationen, d. h. jene Fälle mit erstreckt, wo die Wirkung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts blos indirekt rückgängig gemacht wird, z. B. a° doli, qd. metus causa u. s. f. Damit entfällt auch die Argumentation Menzels aus der Thatsache, daß der Anfechtungsgegner nicht nur, wie aus der reinen Ungiltigkeit des Erwerbs und der Vindicationsnatur des Anfechtungsanspruchs folgen würde, seinen gegenwärtigen Besitz, sondern auch seinen damaligen Erwerb

---

1) Motive zur D.C.O. S. 111, 112. Oesterr. Motive (bei Kaserer, Oest. Gesetze mit Materialien Heft 36) S. 38 ff.

2) z. B. Schultze, Das deutsche Concursrecht S. 22—35. Cosack, Anfechtungsrecht S 238. Steinbach, Commentar zum öst. Gesetze vom 16. März 1884 S. 15. Auch Burckhard, Syst. des öst. Priv.-R. II § 102 stellt diese Anfechtung zur Ungiltigkeitslehre; andrerseits hebt derselbe hervor, „daß die Anfechtung nicht die Rechtsgeschäfte selbst, sondern nur gewisse Wirkungen derselben betrifft' (S. 445).

3) Citate bei Menzel, Das Anfechtungsrecht der Concursgläubiger. I S. 14.

4) Menzel a. a. O. S 9 ff. Krasnopolski, Das Anfechtungsrecht der Concursgläubiger (1889) S. 5 ff.; vgl. denselben in Ztschr. für P. u. Oe. R. XIV S. 45 ff.

5) Menzel, S. 12, Krasnopolski, A. R. S. 7.

im unverminderten Umfang zu restituiren hat; das kommt bei Revocationen alle Tage vor.

Demnach ist es auch nicht durchgreifend, daß die Anfechtung der Gläubiger sich nicht gegen den Vertrag des Schuldners richtet, sondern nur gegen dessen Wirkungen [1]). So sehr es richtig ist, daß zwischen dem Schuldner und Dritten der angefochtene Vertrag fortbesteht, so ließe sich ja mit dem Gedanken der Revocation auch diese Thatsache immerhin noch vereinigen.

Dagegen insofern muß den genannten Schriftstellern beigepflichtet werden, als der Umfang des gläubigerischen Anfechtungsrechts durch den Ungiltigkeitsgedanken nicht erschöpft wird. Unfähig hierzu ist nämlich die Idee der Ungiltigkeit gegenüber der Anfechtung von Unterlassungen [2]), oder eines indirekten Erwerbs auf Kosten der Concursgläubiger [3]) — denn hier liegt überall kein Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners vor, an dem der Ungiltigkeitsgedanke sich bethätigen könnte.

Für solche Fälle ist die Annahme eines besondern nicht aus der Ungiltigkeit eines Geschäfts, sondern direkt aus dem Gesetze folgenden obligatorischen Anspruchs der Gläubiger allein zulässig. Und wenn man hier zur Construction eines solchen Restitutionsanspruchs gedrängt wird, so ist freilich für die Darstellung des Anfechtungsrechts die einheitliche Durchführung dieses Grundgedankens viel empfehlenswerther, als die theilweise Festhaltung der Ungiltigkeitsidee.

Aber auch die Ungiltigkeitslehre wird systematisch besser thun, jene Fälle von sich fern zu halten. Kann auch wenigstens dort, wo Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners angefochten werden, von (unvollkommener) Ungiltigkeit ebenso gut gesprochen werden, wie in den oben sub 2 aufgeführten

1) Krasnopolski, S. 6, 7.
2) Krasnopolski, in Grünhuts Ztschr. XIV S. 48.
3) Menzel, S. 13. Vgl. § 22 öst. Ges. 16. März 1884.

Fällen, wo ein Rechtsgeschäft wegen mangelnder Dispositionsbefugniß des Kontrahenten unwirksam ist, so wird doch eine solche Terminologie aus den gleichen Gründen, wie sie oben angegeben wurden, nicht empfehlenswerth sein. Beide Kategorien haben eben insofern etwas verwandtes, als auch bei der hier zur Rede stehenden Anfechtbarkeit in gewissem Sinne eine Dispositionsunfähigkeit des Gemeinschuldners zu Grunde liegt. Und wie dort die Unwirksamkeit der Disposition immerhin noch Wirkungen des Rechtsgeschäfts überließ, deren Darstellung die Ungiltigkeitslehre nicht umfassen kann, so wird sie auch hier besser auf die Berücksichtigung dieser relativen Revocabilität verzichten.

Die vollkommene Revocabilität muß die Ungiltigkeitslehre behandeln; denn hier wird das Rechtsgeschäft, wenn auch nur mittelbar, so doch in seiner Totalität zerstört; bei unsern „Anfechtungen" jedoch wird nur ein mitunter sehr kleiner Ausschnitt seiner Wirkungen in Mitleidenschaft gezogen, während das Geschäft selbst giltig bleibt und den Schuldner oft sogar zum Ersatz für jenen Ausfall verhalten wird.

V. Die Systematik der Ungiltigkeit bei dinglichen, erb- und familienrechtlichen Geschäften.

Gemäß dem oben sub II Gesagten soll nunmehr das allgemeine System der rechtsgeschäftlichen Ungiltigkeit, wie es sich für die in der Ueberschrift genannten Rechtsgeschäfte darstellt, klargelegt werden.

Jede Darstellung der mangelhaften Rechtsgeschäfte geht naturgemäß aus von dem Gegensatz des nichtbestehenden und des an sich bestehenden Geschäfts, der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Gegen diesen Grundgedanken, der auch bisher immer

befolgt wurde, läßt sich m. E. nichts Triftiges einwenden; zu bemängeln ist nur die Art seiner Durchführung.

In der Literatur finden sich als charakteristische Unterschiede zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit folgende angegeben[1]):

1) Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts muß vom Richter ex officio, die Anfechtbarkeit darf nur auf Grund eines dahin gehenden Parteiantrags berücksichtigt werden[2]).
2) Auf die Nichtigkeit darf sich Jedermann, auf die Anfechtbarkeit darf sich nur je eine bestimmte berechtigte Person berufen[3]).
3) Die Nichtigkeit wirkt ex tunc, die Anfechtung ex nunc[4]).
4) Nichtigkeit ist prinzipiell unheilbar, Anfechtbarkeit im Prinzip heilbar.
5) Eine Nichtigkeitsquerel ist in sich undenkbar[5]), während das Anfechtungsrecht sehr oft mit besonderen Rechtsmitteln oder binnen kurzer Frist geltend gemacht werden muß.

Wären diese Merkmale zutreffend in dem Sinn, daß jeder Nichtigkeits- und jeder Anfechtungsfall sie sämmtlich aufweisen müßte, es gäbe kaum eine Differenz in der Systematik unserer Lehre. In der That aber ist es mit denselben nicht so wohl bestellt.

---

1) Zum folgenden vgl. auch Leonhard, Irrthum II S. 313 ff.

2) Dieses Merkmal der Unterscheidung wird durchgehends anerkannt; Zweifel in Einzelpunkten bei Bekker, Aktionen II S. 297 unten.

3) Auch dies fast allgemein angenommen; zweifelnd nur Schloßmann Zwang S. 18, 22, der freilich den Gegensatz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit damals rundweg leugnete.

4) Dies ist jedoch streitig; für die ex nunc-Wirkung der Anfechtung Wächter, Württ. P.R. II § 86 l. 2; Unger, System II S. 161; Burckhard a. a. O. S. 442. Gegen dieselbe Windscheid, Pand. §. 82 N. 7. Keller, Pand. S. 117. Mit Unterscheidung Brinz, Pand. (1. Aufl.) S. 1635, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 160.

5) Dies eine regelmäßig wiederkehrende Behauptung; vgl. jedoch Puchta, Pand. § 67 Note c., dem Arndts folgt.

Zwar der Begriff der Nichtigkeit ist eigentlich schon durch die Logik gegeben und insofern man ihn rein logisch nimmt, unterliegt es keinem Zweifel, daß die ihm zugeschriebenen fünf Attribute ihm immanent sind. Thatsächlich aber hat man den reinen Begriff dadurch getrübt, daß man immer und immer wieder die Fälle der sogenannten relativen Nichtigkeit unter denselben subsumirte, in Folge dessen der Begriff in sich widersprechend und der größte Theil der Nichtigkeitskriterien gegenüber dem so gefaßten Begriff unwahr wurde.

Und was den Begriff der Anfechtbarkeit betrifft, so wird sich erweisen, daß die fünf ihm zugeschriebenen Merkmale nicht immer in je einem Anfechtungsfall zusammentreffen, sondern daß viele Anfechtungserscheinungen Eigenschaften besitzen, die man nur der Nichtigkeit beizulegen pflegt.

Dies soll im Einzelnen gezeigt werden.

Ad 1 und 2. Unstreitbar zeigt die Logik, daß was nichtig ist, für Niemand[1]) und also auch ex officio für den Richter

---

1) Wenn man auch hieran hat zweifeln wollen, war das zu weit gegangen. So wenn Schloßmann a. a. O. Seite 18 sagt: „A tradirt dem B den Sklaven Stichus in der irrigen Meinung, der tradirte Sklave sei der Sklave Dama. Die Veräußerung ist nichtig. Was wird es da dem Tertius, der auf den Stichus nicht das geringste Recht hat, nützen, wenn er sich auf die Nichtigkeit der Tradition beruft?" Dies erledigt sich, wenn man, wie unten gezeigt werden wird, die Irrthumsnichtigkeit nicht als eine wahre, sondern als eine relative, d. h. aber als qualificirte Anfechtung betrachtet. — Daß, wie Schloßmann weiter bemerkt, die Publiciana durch den Irrthum nicht ausgeschlossen wird, läßt sich aus dem Putativtitel erklären.

Bekker, Aktionen II 297 führt ferner folgenden Fall an: Parteien sind einig, daß das Codicill an einem wesentlichen Formfehler leide. Der belastete Erbe aber erklärt, dies aus Respect vor dem erblasserischen Willen nicht urgiren, im Gegentheil die Vermächtnisse gerade so, wie sie ihm auferlegt worden, zahlen zu wollen und nur zu bestreiten, daß dieselbe die von Klägern behauptete Ausdehnung hätten. Wenn Bekker hier eine Condemnation für möglich hält, dürfte ihm zuzustimmen sein, aber doch nur wei

nicht besteht. Dem widerspricht nun die relative Nichtigkeit, indem das „Nichtige" bis auf Antrag einer bestimmten Person für den Richter bestehen soll. So sagt selbst Windscheid (S. 250) indem er bemerkt, daß die Ungiltigkeit auch von der Willenserklärung einer bei dem Rechtsgeschäft betheiligten Person abhängen kann: „Die in Folge einer solchen Erklärung eintretende Ungiltigkeit kann an und für sich sowohl Anfechtbarkeit als Nichtigkeit sein; gewöhnlich denkt man nur an den letzteren Fall." Da aber ein solches Geschäft bis zur betreffenden Erklärung, namentlich Dritten gegenüber, und für den Richter ex officio alle seine Wirkungen übt, ist es eben nicht nichtig. Darum ist relative Nichtigkeit ein Widerspruch in sich und der auf sie abgestellte gangbare Nichtigkeitsbegriff inconsequent. Damit daß man die Nichtigkeit hier eine bedingte nennt, ist vom logischen Standpunkte nicht viel gethan; ja auch nicht vom praktischen Standpunkt, denn vor der Bestreitung tritt kein Schwebezustand ein, sondern das Geschäft übt seine Wirkungen, welche dann nur ex tunc rescindirt werden.

Was die Anfechtbarkeit betrifft, so ist zwar ad 1 richtig, daß sie niemals vom Richter ausgeht. Wenn man aber ad 2 behauptet hat, daß sie stets nur von bestimmten Personen ausgehen kann, so ist dies in keiner Weise ein nothwendiges begriffliches Merkmal derselben, sondern hat höchstens eine durchschnittliche empirische Richtigkeit für unser geltendes Recht. Schon Schloßmann[1]) hat darauf hingewiesen, daß populare Anfechtung an sich nichts undenkbares wäre, und wenn auch das von ihm angeführte Beispiel (Popular-

---

mehr als Nichtbestreitung, weil theilweise confessio in iure vorliegt, welche gewiß auch bei nichtigen Geschäften nicht ganz ausgeschlossen ist. — Ganz ausdrücklich verwechselt ist Nichtbestreitung und confessio in iure bei Brinz, Pand. S. 1633.

1) a. a. O. S. 22.

anfechtung wegen Verletzung der lex Plaetoria) sehr zweifelhaft bleibt, wenn auch die popularis exceptio legis Cinciae der Proculianer (fr. Vat. 266) dunkel ist, so haben wir doch einen unzweifelhaften Fall popularer Anfechtung oben im Tit. D. de collusione detegenda (l. 4 D. 40, 16) gefunden und wer mit Wendt[1]) die Nichtigkeitsquerel gegen eine Ehe nur für Anfechtung ansehen will, hätte für das heutige Recht ein Seitenstück dazu.

Es kann daher die Frage, wer eine Ungiltigkeit behaupten darf, keinen scharfen Gegensatz der Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit begründen.

Ebensowenig liegt ad 3 ein solcher darin, daß die Nichtigkeit ex tunc, die Anfechtung stets ex nunc wirke. Letzteres hätte eigentlich nie behauptet werden sollen; die Begründung des Satzes ist denn meist auch eine sehr mangelhafte[2]). Gegenüber den in integrum restitutiones konnte man ihn eigentlich nur dadurch halten, daß man sie ignorirte; sonst hätte man wohl fragen müssen, welchen Werth z. B. die Restitution gegen Unterlassung einer Erbantretung hatte, wenn sie ex nunc wirkte und die Erbschaft mittlerweile beim Erwerber in Gant gekommen war. Ebenso ist bei der querela inofficiosi testamenti dem siegreichen Notherben das Recht gegeben corpora vindicare[3]) — Niemand wird ernstlich bezweifeln, daß sich das auch auf die vor dem Streit veräußerten Sachen bezieht. Ebenso bei allen anderen Rescissionen, d. h. überall dort, wo das Rechtsgeschäft selbst durch die Anfechtung aufge-

1) Pand. S. 166.

2) Unger, System II § 91 N. 84 beruft sich darauf, daß wenn auf die Redhibition hin der Käufer restituirt, die von ihm bestellten Pfandrechte nicht erlöschen, wobei offenbar übersehen wird, daß der Käufer selbst anficht und daß die Anfechtung gar nicht die Tradition, sondern den Kauf betrifft.

3) l. 15 § 2 D. 5, 2.

hoben wird — im Gegensatz zu den Revocationen, wo nur durch obligatorische Klagen dessen Erfolg rückgängig gemacht wird.

Auch hier ist der Unterschied von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit kein durchgreifender.

Ad 4. Wiederum logisches Postulat ist es, daß jede (absolute) Nichtigkeit unheilbar ist. Wenigstens unheilbar durch private Willenserklärung [1]); Rechtssätze und Privilegien können natürlich auch hier Ausnahmen statuiren [2]). Auch hier widerstreitet der Reinheit des Begriffs die relative Nichtigkeit, bei welcher durch Verzicht auf die Bestreitung eine vollkommene Convalescenz eintreten kann. Demnach ist die gangbare Systematik, welche diese Fälle der Nichtigkeit zuzählt, auch in dieser Richtung inconsequent.

Ad 5. Daß endlich ein besonderes Verfahren zum Beweise der Nichtigkeit nicht erforderlich sein kann, ist gleichfalls vollkommen richtig [3]); die Römer haben dies bei der Urtheilsnullität auch stets sehr richtig erkannt. Aber ganz ebenso kann auch die Anfechtung sehr wohl formlos und jederzeit erfolgen; es ist rein zufällig, wenn für einzelne Anfechtungsarten

---

1) Inwieweit dieses logische Postulat durch l. 25 C. don. int. 5, 16 verletzt wird, ist freilich streitig; ich glaube nicht, daß die hier statuirte Rückwirkung der Ratihabition auch bei nichtigen Geschäften stattfindet.

2) Rechtssätze: so bei Eheschenkungen. Privilegien: privilegia veteranorum, welche die Ehen der Soldaten mit Peregrinenfrauen confirmiren, Bruns, fontes [5] S. 233, 235, Mommsen, Stadtrechte 395 v. 9, G. I 57. Dispensatio matrimonii in radice.

3) Unrichtig daher Puchta, Pand. § 67 N. e. (vgl. auch Dernburg, Preuß. P.R. I § 71 N. 8, Bähr, Anerkennung § 69): „Es wäre denkbar, daß auch bei der Nullität eine Erklärung irgend einer Art von Seiten einer Person, die sie geltend machen will, und ein richterlicher Ausspruch gefordert würde, um den äußern Schein eines Geschäfts aufzuheben und künftiger Ungewißheit zu entgehen.“ (So auch moderne Partikulargesetzgebungen.)

ein bestimmtes Verfahren oder die Einhaltung einer Präclusivfrist gesetzt ist[1]). Wenn trotzdem namentlich die eigentlichen Rescissionen gewisse formelle Voraussetzungen zu haben scheinen (die querela inofficiosi testamenti darf nicht einredeweise erhoben werden, die in integrum restitutio ist von rechtzeitigem Ansuchen abhängig), so ist dies eben nur Schein, der wie wir sofort sehen werden, dadurch entstand, daß man jene Rescissionen, bei welchen eine formelle befristete Klage nicht erforderlich ist, relative Nichtigkeiten nannte.

Schon ein flüchtiger Blick auf diese Zusammenstellung zeigt, daß das Schema der Nichtigkeit. wie es heute abgegrenzt wird, dem logischen Begriff der Nichtigkeit — dem einzigen festen Angelpunkt, der hier besteht — nicht entspricht, indem es ganz ungehöriger Weise die relative Nichtigkeit mitumfaßt; und daß andrerseits der Begriff der Anfechtbarkeit kein einheitlicher, durch bestimmte, immer wiederkehrende Merkmale gekennzeichneter ist.

Die Anfechtung kann Jedermann zustehen, aber auch (und dies ist die Regel) auf bestimmte Personen beschränkt sein. Sie kann ex nunc oder ex tunc wirken. Sie kann mit oder ohne formelle Voraussetzungen stattfinden.

Es gibt wenige Anfechtungsfälle, die alle fünf möglichen Kriterien der Anfechtung in sich vereinigen. So die Anfechtung wegen dolus, actio Pauliana u. a. (subjective Beschränkung des Anfechtungsrechts, Nothwendigkeit eines Parteiantrags, Wirkung ex nunc, Heilbarkeit, Klage binnen bestimmter Frist)

---

1) Es ist daher höchst überflüssig und rein mißverständlich, wenn die Motive der Reichsconcursordnung zu Art. 6 sagen: weil die nach erfolgter Concurseröffnung durch den Schuldner vorgenommene Veräußerung nichtig sei, bedürfe es nicht erst eines Rechtmittels, um die Ungiltigkeit herbeizuführen (S. 35). Dagegen auch Schultze, Deutsches Concursrecht S. 29.

Andere haben deren blos vier (die vier erstgenannten) so die condictio indebiti. Wieder anders geartet ist z. B. die querela inofficiosi testamenti, welche subjectiv beschränkt ist und formelle Voraussetzungen hat, aber ex tunc wirkt; noch anders die Anfechtung eines Ingenuitätsprozesses nach l. 4 D. de coll. deteg., welche Jedermann freisteht, aber formelle Voraussetzungen hat und ex nunc [1]) wirkt.

Allgemein zutreffend ist danach für die Anfechtbarkeit nur das, daß das anfechtbare Geschäft prima facie für den Richter doch besteht und, wenn alle Anfechtungsklagen — was ja auch bei populärer Anfechtung möglich — verjährt sind, geheilt werden kann [2]).

Welcher Unterschied liegt aber hier gegenüber der sog. relativen Nichtigkeit vor?

Wenn man genau zusieht, gar keiner. Denn auch das relativ nichtige Geschäft besteht ja prima facie für den Richter; der Heilung ist es eben so zugänglich, wie jede andere Anfechtung.

Allerdings ist die Ungiltigkeit bei der relativen Nichtigkeit eine stärkere, als in allen anderen Anfechtungsfällen. Denn während die stärksten von den übrigen Anfechtungen, nämlich die sogenannten unmittelbaren Anfechtungen oder Rescissionen, zwar ex tunc vernichtigen, aber noch an gewisse Formvoraussetzungen gebunden zu sein pflegen (z. B. querela inofficiosi, in integrum restitutio), ist die Ungiltigkeit bei der relativen Nichtigkeit von der formlosen Erklärung eines Berechtigten abhängig.

---

1) l. 4 D. 40, 16.

2) Wahrscheinlich von ähnlichen Erwägungen geleitet nennt Endemann a. a. O. S. 97 die Anfechtbarkeit eine durch dispositive Rechtsvorschrift angeordnete Ungiltigkeit. Für die meisten Fälle ist das richtig; es wird aber versagen gegenüber der popularen Anfechtung.

Hierin liegt wohl der Grund, weshalb man dieselbe zur Nichtigkeit glaubte hinüberstellen zu sollen. Alle Anfechtbarkeit scheint eine gewisse Consistenz, eine Reactionskraft des Rechtsgeschäfts vorauszusetzen, und ein Geschäft, das gegenüber einer formlosen Erklärung so zusammenbricht, als habe es nie bestanden, scheint wirklich gegenüber dieser Erklärung nichtig zu sein.

Logisch correcter wäre es trotzdem gewesen, hier blos von Anfechtbarkeit zu sprechen. Dem Begriff der Nichtigkeit widerspricht es, wenn das Rechtsgeschäft bis zu einem bestimmten Moment giltig ist und erst dann — sei es auch ex tunc — zusammenbricht.

Umgekehrt widerspricht es in keiner Weise dem Begriff der Anfechtung, daß sie hier formlos erfolgt und ex tunc wirkt. Einzeln finden sich beide Merkmale schon bei den gewöhnlichen Anfechtungsfällen vertreten; die Revocationen sind oft formlos (condictio indebiti), die Rescissionen wirken ex tunc. Nur das ist das Singuläre der relativen Nichtigkeit, daß sie beide Merkmale verbindet; deswegen hört sie aber noch nicht auf Anfechtung zu sein. Sie ist eine qualificirte Rescission, die an keine Form gebunden ist.

Meines Erachtens ist systematisch immer davon auszugehen, daß das nichtige Geschäft in keiner Richtung Lebensäußerungen von sich zu geben vermag. Nur so gefaßt hat der Nichtigkeitsbegriff volle innere Berechtigung und Wahrheit; sowie man ihn erweitert, ist eine Grenze nicht mehr zu finden. Das canonische Recht hat freilich die Eheungiltigkeit, selbst wenn sie auf impedimenta iuris privati beruhte, stets zu einer Nichtigkeit gestempelt; ein Gleiches thut auch das Prozeßrecht bei der querela nullitatis gegen ein Urtheil: hier hat man jedoch schon längst die Anfechtungsnatur dieser Querel

erkannt und festgestellt [1]). Die Ungenauigkeit des canonischen Rechts wiederholt sich nun in der gemeinrechtlichen Doctrin beim Begriff der relativen Nichtigkeit. Man legt alles Gewicht darauf, daß das Rechtsgeschäft gegenüber der Bestreitung und nach derselben keine Existenzberechtigung besitzt und übersieht die Thatsache, daß es vor der Bestreitung und ohne dieselbe vollkommen lebensfähig ist.

Nach richtiger Auffassung muß dem Begriff der reinen Nichtigkeit das an sich bestehende, aber entkräftbare Geschäft entgegengesetzt werden. Die Summe der hier vorfindlichen Erscheinungen hat der Begriff Anfechtbarkeit zu umfassen, welcher schon sprachlich die Existenzfähigkeit derselben, aber auch nicht mehr andeutet. Innerhalb der Anfechtung gibt es nun sehr verschiedene Grade, welche einer einheitlichen Definition nicht fähig sind; es liegt daher ein Collectivbegriff vor [2]). Von der vollkommenen Nichtigkeit — der einzig präzisen Erscheinung in diesem Gebiet — bis zur vollen Giltigkeit bildet die Anfechtbarkeit dann eine Reihe von Uebergangsgliedern. Jedes positive Recht wird hier andere Formen schaffen; die Systematik kann daher hier nur für jedes positive Recht besonders gegeben werden. Für das römische und gemeine Recht empfiehlt sich aber folgendes Schema, welches nach den verschiedenen Wirkungen der Rechtsgeschäfte abgefaßt ist.

Auszugehen ist davon, daß die Anfechtung ein Ansichbestehen [3]) des Rechtsgeschäfts voraussetzt. Dieses kann nun abgeschwächt sein durch folgende Verhältnisse.

I. Das Rechtsgeschäft bleibt unbedingt aufrecht, seine Wirkungen können jedoch ökonomisch rückgängig ge-

1) Vgl. Bülow, Arch. f. civ. Praxis LXII S. 76.

2) So auch Leonhard a. a. O. S. 321.

3) Was Leonhard a. a. O. S. 303 gegen diesen Ausdruck bemerkt, dürfte die obige Verwendung desselben nicht anbetreffen.

macht werden (Revocation). Dies kann regelmäßig nur der Betheiligte thun[1]) u. z.

a) gegenüber dem Begünstigten (a° doli, Fabiana, Calvisiana, jetzt[2]) auch Pauliana)

b) gegenüber Jedermann (a° quod metus causa; zweifelhaft, ob auch die querela inoff. donationis und dotis in rem wirken?)

In diesen Fällen wirkt die Anfechtung nur ex nunc; selbstverständlich kann jedoch im Fall b der Anfechtungsberechtigte durch Erstreckung seiner Klage auf die Successoren des Begünstigten indirect die Wirkung ex tunc erzielen.

II. Das Rechtsgeschäft besteht vor der Hand zu Recht, kann jedoch aufgehoben werden (Rescission) u. z.:

a) den Antrag auf Aufhebung kann jeder (resp. der Staatsanwalt) stellen; das Ansichbestehen des Rechtsgeschäfts tritt hier nur in der Nothwendigkeit eines förmlichen Aufhebungsverfahrens hervor, u. z.:

α) die Aufhebung erfolgt ex tunc (querela nullitatis gegen die Ehe wegen impedimenta publica);

β) sie erfolgt ex nunc. Anfechtung des Ingenuitätsprocesses nach l. 4 D. de coll. det.

b) Den Antrag auf Aufhebung können nur bestimmte Personen stellen: die demnächst bewilligte Aufhebung wirkt aber für Jedermann, so daß nun das Geschäft ex tunc vernichtigt ist, u. z. entweder

α) bedarf der Antrag eines bestimmten Verfahrens (querela inofficiosi testamenti, Nullitätsquerel) gegen die Ehe wegen impedimenta privata.

---

1) Populare Revocation wird nicht leicht statuirt werden.

2) im Gegensatz zu der alten rescissorischen a° in rem der Gläubiger.

β) er ist formlos. Hierher gehören die Fälle der sog. relativen Nichtigkeit.

Aus dieser Tabelle ist nun aufs deutlichste zu ersehen, wie sehr der Begriff der relativen Nichtigkeit der Anfechtung nahe steht; wie wenig innere Nothwendigkeit es hat, gerade ihn zur Nichtigkeit hinüberzuschlagen, und von den übrigen Anfechtungsfällen zu sondern.

Aber nicht blos dieser, sondern auch die Querela nullitatis wegen impedimenta publica und privata bei der Ehe werden zur Nichtigkeit hinübergestellt. Letzteres freilich hat den besonderen historischen Grund, daß man das Princip der Unauflöslichkeit der Ehe aufrechterhalten wollte.

Dabei ist es aber klar, daß mit ebensoviel Berechtigung, als die Nullitätsquerel wegen impedimenta privata auch die Querela inofficiosi testamenti als auf Nichtigkeit beruhend hingestellt werden könnte; denn die Ungiltigkeit des Testaments hat hier ganz dieselben Voraussetzungen und Wirkungen wie] dort die der Ehe. Und nicht minder klar, daß auch die mit öffentlichem Ehehinderniß behaftete Ehe anfechtbar genannt werden könnte, insofern ja auch sie durch Klage angegriffen werden muß und der Umstand, daß sie ex tunc zerfällt, dem Anfechtungsbegriff nicht widerstrebt.

Neuestens beginnt man denn auch diesen Thatsachen Rechnung zu tragen; von weittragender Bedeutung erscheint es mir, daß der Entwurf für das Deutsche Reich wenigstens die auf Privathindernissen beruhende Ungiltigkeit der Ehe Anfechtbarkeit, und Nichtigkeit nur die aus öffentlichen Hindernissen folgende nennen will (§§ 1250, 1259). Auch die soeben erscheinenden Pandekten von Wendt[1]) stellen sich auf den Standpunkt, daß, wo ein Rechtsgeschäft durch Klage

1) S. 166.

zerstört werden muß, bereits Anfechtbarkeit, keine Nichtigkeit mehr vorliegt, so daß Wendt eine Ehenichtigkeit nicht mehr kennen will.

Und das wäre jedenfalls auch die theoretisch richtige Ausdrucksweise. Volle wissenschaftliche Berechtigung hat nur jene Auffassung der Nichtigkeit, welche alle in der obigen Tabelle entwickelten Fälle ausschließt: denn sowie in irgend einem Punkte, sei es in der subjectiven Beschränkung des Anfechtungsrechtes, sei es in der Nothwendigkeit eines förmlichen Aufhebungsverfahrens das Geschäft eine gewisse Reaktion zu äußern vermag, da ist es nicht mehr nichtig, da muß gegen dasselbe angefochten werden.

So wie man den Begriff der Nichtigkeit einheitlich gestalten sollte, wird man andererseits anerkennen müssen, daß die Anfechtbarkeit kein einheitlicher Begriff, sondern eine Stufenleiter von Erscheinungen ist, welche von verminderter Nichtigkeit in verschiedenen Formen bis zur vollen Giltigkeit weiterlaufen.

Soviel für die theoretische Auffassung. Die Terminologie wird sich den Ausdruck „relative Nichtigkeit" wahrscheinlich ebensowenig nehmen lassen, als das Recht, wenigstens die aus öffentlichen Rücksichten ungiltige, vom Staatsanwalt zu bestreitende Ehe nichtig zu nennen. Und gegen diese Nomenclatur ist nicht viel einzuwenden; ja es ist vielleicht ein Vortheil und beruht jedenfalls auf richtiger Beobachtung, daß gerade den praktisch weitgehendsten Fällen der Anfechtung schon der Name Nichtigkeit gegeben wird. Die weitgehendsten Anfechtungsfälle sind die Genannten aber deshalb, weil die relative Nichtigkeit ihre Wirkung ohne vorgängiges Rescissionsverfahren ausübt, während hinwiederum das Rescissionsverfahren gegenüber der Ehe von Jedem beantragt werden kann, in beiden Fällen also nur je ein Merkmal auf Anfechtbarkeit

hindeutet, während selbst die Querela inofficiosi deren zwei (Verfahren und subjective Beschränkung des Antrags) aufweist.

VI. Von einzelnen Fällen der relativen Richtigkeit insbesondere.

Im Vorstehenden ist nicht darauf Rücksicht genommen, daß der Begriff der relativen Richtigkeit nicht blos hinsichtlich seiner Vollziehbarkeit bestritten — in dieser Richtung haben wir soeben Stellung genommen — sondern auch die Realität der thatsächlichen Erscheinungen, auf welchen er basirt, in Abrede gestellt worden ist.

Brandis [1]), dem sich viele angeschlossen haben, leugnet, daß irgendwo auf Erklärung einer berechtigten Partei ein Rechtsgeschäft so hinfällig werde, als habe es nie bestanden. Wo Nullität eintritt, da sei sie immer „absolute", auf die sich Jedermann berufen kann, ob sie gleich nur bestimmter Personen wegen eintritt. Der Beweis wird dadurch geführt, daß zunächst einige Beispiele angeführt werden, in denen eine zu Gunsten einer bestimmten Person statuirte Richtigkeit auch andern zu Gute kommt; Fälle, die theils überhaupt nicht hierher gehören [2]), theils anderweitig zu erklären sind [3]). Sodann zieht Brandis die Fälle, in welchen eine relative Richtigkeit angenommen wird, in Betracht und kommt zum Ergebniß, daß die Richtigkeit auch hier eine absolute, die angefochtene Meinung daher eine ungegründete sei.

---

1) Ztsch. f. Civ.R. und Proz. VII S. 121 ff.

2) Die Veräußerung einer res litiglosa (Brandis S. 131) ist überhaupt keine Richtigkeit; Wächter, Würt. P.R. § 71 N. 31. Francke, Comment. z. Pand. Tit. de H. P. S. 51.

3) So die absolute Richtigkeit beim testam. ruptum (Brandis S.

Auf die Erscheinungen, welche Brandis hierbei der Prüfung unterwirft, näher einzugehen, liegt nicht in unserer Absicht. Bei einigen derselben ist ja seiner Polemik unzweifelhaft Recht zu geben; so z. B. bei der Veräußerung, die gegen gesetzliches Veräußerungsverbot erfolgt. In einem andern, von ihm mit ganz besonderer Ausführlichkeit behandelten Fall, vermöchten wir ihm zwar nicht beizutreten — nämlich beim negotium claudicans, das durch den zweiseitigen Contract des Pupillus entsteht; es liegt jedoch dieser Fall auf dem Gebiete der Obligirungen, das wir von der gegenwärtigen Betrachtung fernhalten möchten. Es genüge daher diesbezüglich darauf zu verweisen, daß zahlreiche Schriftsteller dieses negotium claudicans auch jetzt noch, u. z. als Musterfall der relativen Nichtigkeit betrachten. Wir beschränken uns darauf, drei weitere Fälle namhaft zu machen, die unseres Erachtens unter dem Gesichtspunkt der relativen Nullität zu betrachten sind, oft jedoch nicht unter denselben gestellt werden.

1) Zunächst das im Widerspruch mit der lex Falcidia errichtete Legat.

Bekanntlich ist die lex Falcidia eines der wenigen Verbotsgesetze der Republik, welche im Sinn der bekannten Ulpianschen Eintheilung perfectae leges sind; es wurde ihr dieser

---

128), welche aus dem Formalismus des alten Notherbrechts folgt. — L. 21 § 11 D de rec. 4, 8 (ein Schiedsrichter bestellt die Parteien an einen Ort zur Verhandlung, an welchem eine derselben anständigerweise nicht erscheinen kann; die Verordnung ist gänzlich nichtig.) Der Grund liegt einfach darin, daß auch die andere Partei dieselbe nicht für giltig ansehen wird, wie die Stelle ausdrücklich sagt. — Die nothwendige Gleichheit beider Parteien im Processe erklärt auch die Entscheidung in l 32 § 8 D. eod. Soll wirklich der liber, der mit einem servus compromittirt hat, vor dem Richter erscheinen, während der servus vielleicht ausbleibt? — Daß der Vasall, der bona fide das Lehen veräußerte, vindiziren kann (II F. 26 § 18), ist um des Lehnsherrn willen ausnahmsweise statuirt.

durchgreifende Character von der Jurisprudenz beigelegt, und demgemäß ist das Vindicationslegat pro excedente parte nichtig.

Die Quellen [1]) supponiren den Fall, daß der vermachte Gegenstand beim Tode des Erblassers sich beim Legatar befindet, und geben dem Erben das Recht, denselben zu dem der Falcidia entsprechenden Theil zu vindiciren.

Erblickt man hierin eine absolute Nichtigkeit dieser Quote des Vermächtnisses [2]), so kommt der Legatar sofort in die Lage, bezüglich dieser Quote Dritten gegenüber rechtlos zu sein. Er kann sie selbst vom bösgläubigen Besitzer nicht vindiciren; bei untheilbaren Sachen wird dadurch sogar die Vindication der giltigen Legatsquote an Werth namhaft verlieren. Das Alles hätte nun freilich nichts zur Sache, wenn die Nichtigkeit der Ausdruck einer speciellen rechtlichen Reprobation übermäßiger Vermächtnisse wäre. Gerade das ist aber so wenig der Fall, daß ein freiwilliger Verzicht des Erben auf Geltendmachung der Falcidia nicht blos zulässig ist, sondern sogar als Ausdruck besonderer Pietät gilt.

Erwägt man dies, erwägt man ferner die practischen Inconvenienzen, die erwachsen müßten, wenn der obige Legatar während der Abwesenheit des Erben sich im Besitz der Sache nicht schützen könnte, so wird man sehr geneigt sein, ihm bis zur Bestreitung des Erben die Rei Vindicatio ungeschmälert zuzugestehen. Noch überzeugender scheint mir der Fall eines Damnationslegats zu wirken: Läge auch hier absolute Nichtigkeit vor, so müßte der Richter, so lange der Erbe nicht in iure confitirt, sondern etwa lediglich stillschweigt, die Klage abweisen,

---

1) l. 26 D. ad. l. falc. 35,2.

2) Dies scheint allgemein zu geschehen, da die Falcidia unter den Beispielen der relativen Nichtigkeit nie genannt wird. Ganz ausdrücklich Bethmann-Hollweg C.Pr. II S. 394 N. 49. (Der Schlußsatz der Note widerspricht dem nicht.)

sobald nur die Verletzung der Falcidia actenmäßig feststeht, obwohl der Erbe vielleicht aus Pietät gegen den Erblasser stillgeschwiegen hat. In diesem Fall scheint mir nun die oben [1]) für einen verwandten Fall (ungiltiges Codicill) mißbilligte Erwägung Bekkers, wonach der Richter nicht katholischer sein darf als der Papst, allerdings zuzutreffen.

Man wird demnach den Katalog der relativen Nichtigkeit mit Beruhigung [2]) um die Fälle der Legate gegen die **lex Falcidia** vermehren dürfen [3]). —

2) Viel zweifelhafter wird es erscheinen, wenn wir für unser Gebiet auch die wegen Irrthums nichtigen Verträge reclamiren.

Seit Savignys grundlegende Darstellung der Erkenntniß Bahn gebrochen hat, daß die im sog. unechten Irrthum vollzogenen Geschäfte wegen Mangels am erforderlichen Geschäftswillen nichtig sind, ist es traditionell geworden, diese Nichtigkeit für eine absolute zu erklären. Ganz konsequent; denn es fehlt ein Essentiale des Vertrags und das scheint ein so fundamentaler, so unheilbarer Mangel zu sein, wie wenn das Geschäft von einer willensunfähigen Person wäre geschlossen worden.

Als Beleg dieses Standes der Literatur führe ich an:

Brandis a. a. O. S. 127 [4]):

---

1) S. 107 Note 1. Der Unterschied beider Fälle liegt offensichtlich darin, daß die Form eines Codizills zum ius publicum gehört, während an der Durchführung der Falcidia die Rechtsordnung kein Interesse hat. (Vgl. Auth. sed cum testator.)

2) Nicht dagegen spricht § 33 J. de act. 4,6, da ipso iure deminui legata sehr wohl nur auf Antrag berücksichtigt worden sein kann.

3) So auch Bekker a. a. O. S. 298, dessen Erörterungen überhaupt sehr lehrreich sind.

4) Dessen Aufsatz allerdings älter ist als Savignys Irrthumslehre.

„Alle ... Fälle, wo ohne nähere Bestimmung Nichtigkeit von den Gesetzen angeordnet ist, müssen ... dem Bisherigen gemäß von selbst der absoluten Nichtigkeit zufallen. — So z. B. alle Verträge, welche auch wegen einseitigen (wesentlichen Irrthums nichtig sind."

Mit besonderer Schärfe heben jene angebliche Gestaltung des römischen Rechts österreichische Schriftsteller gegenüber der „bedauerlichen" Bestimmung des a. B.G.B. hervor, nach welcher solche Verträge nur relativ nichtig sind.

Unger, System II § 89:

„Diese Nichtigkeit, welche im Fall eines sog. wesentlichen ... Irrthums eintritt, ist nicht etwa zu Gunsten des Irrenden eingeführt, um ihn vor Nachtheil zu bewahren ... sondern die natürliche Consequenz des Mangels eines wesentlichen Erfordernisses des Rechtsgeschäfts, d. h. diese Nichtigkeit ist nicht eine relative, sondern eine absolute."

„Der angegebene Grundsatz ... kommt im österr. Recht im Eherecht und im Erbrecht zur befriedigenden Anwendung. Was aber obligatorische Verträge betrifft, denen hierin gewiß der dingliche Vertrag der Tradition gleichsteht, so leidet jener Grundsatz eine bedauerliche Ausnahme (§§ 871 fg. a. B.G.B.), welche ebenso wenig in theoretischer Beziehung zu rechtfertigen, als in legislativer zu billigen ist." [1])

Exner, Tradition S. 286:

„Es liegen in der eben dargestellten Lehre des österreichischen Rechts, wonach Rechtsgeschäfte, die unter dem Einfluß eines Zwanges, Betrugs oder wesentlichen Irrthums eingegangen wurden, gleichmäßig als relativ nichtig behandelt

1) Neuestens nimmt allerdings Unger diese Meinung zurück; Grünhuts Ztsch. XV S. 15.

werden, unleugbar Anomalien, woraus sich vom Standpunkt der streng logischen Theorie schwere Inconsequenzen ergeben."

Schon in der 1. Auflage seiner Pandekten [1]) hatte gegen diese Lehre Brinz seine zweifelnde Stimme erhoben; dieselbe ist damals ungehört geblieben.

Unerschrocken wie immer hat aber neuerdings auch hier Schloßmann der herrschenden Lehre den Krieg erklärt und in einer Randnote seiner „Lehre vom Zwange" (S. 18 N. 26) hervorgehoben, daß es „zu unerträglichen Consequenzen führen würde, wollte man selbst wider den Willen des Irrenden, der auch nach eingesehenem Irrthum am Vertrag festhalten wollte, dem andern Contrahenten vom Vertrag abzugehen gestatten [2]). Eine eingehende Erörterung der Sache freilich findet sich, dem nicht hierauf gerichteten Zwecke des Buches entsprechend, nicht.

Auch wir würden von der Aufgabe dieser Abhandlung zu weit abirren, wollten wir die Frage vollständig erledigen. Doch mögen folgende Bemerkungen unsern Standpunkt rechtfertigen.

Die herrschende Lehre stützt sich offenbar mehr auf allgemeine Erwägungen, als auf Quellenzeugnisse. Daß letztere in dieser Frage nicht leicht zu finden sind, erklärt sich denn auch sehr einfach daraus, daß die Nichtigkeit wegen Irrthums von den Römern vorwiegend bei obligatorischen Verträgen behandelt wird, wo der Irrende sie zumeist gegenüber seinem Mitcontrahenten geltend machen wird. Demnach ist für die Römer die Sache zumeist mit einem emtio non tenet, nulla est u. dgl. erledigt und kommt die Frage, ob relative oder

1) S. 1409, 1643; dagegen Regelsberger in Endemanns Handbuch des Handelsrechts II S. 406 N. 7, neuestens Pininski Sachbesitzerwerb II S. 424. Für Brinz wieder Leonhardt I S. 170.

2) So nun auch Dernburg Pand. I § 102 N. 14 (2. Aufl.) welcher meint, daß die Quellen sich über diese Frage nicht aussprechen; anders noch preuß. Priv. R. 1 § 108 i. f. der 2. Aufl., woselbst behauptet wird, daß nach römischem Recht die Nichtigkeit eine absolute ei.

absolute Nullität nicht zur Sprache. Deßungeachtet hat man aus jenem kurzen Ausdruck meist absolute Nullität herausgelesen, wobei allgemeine Erwägungen, die aus Savignys Lehre vom Abhandensein des wahren Geschäftswillens zu folgen schienen, mitspielten.

Nun ist aber jene Folgerung keine sichere, weil für die Frage, ob sich auf den Mangel des zur Erklärung gehörigen Willens auch Andere, als der Erklärende berufen können, aus dem Mangel des Willens nichts mit Nothwendigkeit folgt.

Und, was uns besonders bedeutsam erscheint, Savigny selbst hat jene Consequenz aus seiner Lehre vom unechten Irrthum nicht gezogen. Erst die Neueren haben sie aus ihm gefolgert.

Ja bei Savigny finden sich sogar Aeußerungen, welche darauf hindeuten, daß er die Geltendmachung des Willensmangels nur dem Irrenden einräumt.

System III S. 271 wendet sich Savigny gegen die Meinung, wonach der Error in persona unwesentlich sei, mit der Bemerkung: „Die irrige Meinung vieler Rechtslehrer über diesen Punkt erklärt sich daraus, daß in vielen Fällen der Irrende gar kein Interesse bei der Verwechslung der Personen haben wird, weshalb die Ungiltigkeit des Vertrags, die hier überall behauptet werden kann, oft unbemerkt bleiben, auch wohl durch spätere Genehmigung, nachdem die Verwechslung entdeckt worden, förmlich beseitigt werden wird."

Wenn Savigny hier eine Behebung der Irrthumsfolgen durch spätere Genehmigung zuläßt, so kann ihm, da absolute Nichtigkeit durch Privatwillen nicht geheilt werden kann, nur die relative Nichtigkeit vorgeschwebt haben.

Es könnte zwar daran irre machen, daß Savigny, nachdem er in Note 1 zu obigem Texte, denselben mit Bei-

spielen belegt hat, in welchen ein Error in persona ohne Interesse ist, hinzufügt: „Der Grundsatz muß allgemein gelten, daß Jeder, der es für gut findet, diese Ungiltigkeit des Vertrages behaupten kann." Aber nach dem ganzen Zusammenhang kann dies nicht auf die absolute Nichtigkeit des Vertrags hinzielen, sondern soll nur sagen: Jeder Irrende, wenn er ein Interesse an der Ungiltigkeit findet — was nicht immer der Fall sein wird, jedoch lediglich seiner Beurtheilung anheimgegeben ist — kann die Ungiltigkeit behaupten.

Nicht minder tritt die bezeichnete Ansicht Savignys hervor a. a. O. S. 292, wo Savigny vom Error in substantia bemerkt:

„Endlich ist hier, wie bei dem Irrthum über die Person zu bemerken, daß zuweilen diese Folge des Irrthums unmerklich verschwinden wird, weil in manchen Fällen die Verschiedenheit der wahren Beschaffenheit von der irrig vorausgesetzten dem Irrenden gleichgiltig, vielleicht sogar vortheilhaft sein wird."

Savigny scheint es also ganz selbstverständlich zu finden, daß darüber, ob der dem Irrthum entsprechende Willensmangel eines Contrahenten wirklich zur Geltung gebracht werden soll, eben lediglich dieser Contrahent gehört werden soll. Und in der That sprechen hierfür die stärksten inneren Gründe. Insbesondere wäre es zu bestreiten, daß der Mitcontrahent oder dritte Personen an das Geschäft deswegen nicht gebunden sein sollten, weil der Bindungswille des Irrenden fehlte. Mag auch das Letztere richtig sein, so haben sie doch sich selbst für gebunden gehalten, und wenn der Irrende nun rechtzeitig seinen Irrthum verbessert, haben sie nicht das mindeste berechtigte Interesse, ja wäre es eine reine Chikane, jetzt ihrerseits von dem Vertrag abzugehen, den sie gewollt haben [1]). Noch

1) Die Sache steht also hier ganz ähnlich, wie ich es für einen verwandten Fall — ein falsus procurator contrahiert und der Mangel

unerträglicher wäre es, wenn Dritte, ganz unbetheiligte Personen einen Vertrag, den die Parteien unter sich als giltig behandeln, einfach ignoriren dürften und kann in dieser Richtung Schloßmanns Hinweis auf die Unmöglichkeit derartiger Consequenzen nur beigepflichtet werden.

Es fehlt denn auch nicht ganz an Quellenzeugnissen, welche eine gleiche Auffassung auch bei den Römern bekunden. Ich vermuthe, daß eine vollständige Revision der Quellen, welche ich in dieser Richtung nicht vorgenommen zu haben gestehe, dieses Material noch vermehren würde, kann jedoch schon gegenwärtig auf zwei m. E. in diesem Sinne zu fassende Stellen hinweisen:

L. 34 § 7 D. de sol. 46,3.

Si debitorem meum iussero pecuniam Titio dare donaturus ei, quamvis Titius ea mente acceperit, ut meos nummos faceret, nihilo minus debitor liberabitur: sed si postea Titius eandem pecuniam mihi dedisset, nummi mei fient.

Titius befindet sich in einem Geschäftsirrthum, der den Willen für sich zu erwerben ausschließt. Es ist also keine Tradition, sondern nur stellvertretender Besitzerwerb des Titius zu Stande gekommen; das Traditionsgeschäft ist mangels Acceptation der Eigenthumsofferte insofern nichtig, als Eigenthum jetzt nicht übergeht. Nach der herrschenden Lehre wäre diese Nichtigkeit eine absolute, das Eigenthum bliebe dem Debitor so lange, bis er selbst einen neuen Traditionswillen ausspricht. Nichtsdestoweniger wird der Gegenseite, das ist dem Titius und dem Creditor, anstandlos die Befugniß bei-

---

einer Vollmacht wird erst im Moment der eintreffenden Genehmigung bemerkt — in meiner „Lehre von der Stellvertretung" S. 168 gegen Zimmermann und ältere Juristen ausgeführt habe.

gelegt, durch Einigung über die Verwendung des Geldes die Tradition zu saniren.

Es ist ja auch einleuchtend, daß Debitor an der Ungiltigkeit der Tradition ein berechtigtes Interesse nicht hat; und es sollte nur anerkannt werden, daß auch in allen andern Fällen einseitigen Irrthums eine solche Sanirung von Seiten des Irrenden nicht weniger zulässig war [1]).

Ferner gehört hierher der Schlußsatz der allbekannten l. 18 D. de R.C. 12,1. Nachdem betont worden, daß Dissens über die causa traditionis den Eigenthumsübergang der nummi ausschließe, fügt Ulpian hinzu, daß si eos (sc. nummos) consumpserit (sc. is qui accepit) licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. Also: wiewohl die Tradition nichtig ist (und auch, wäre hinzuzufügen, wegen geschehener Consumtion nicht mehr sanirt werden kann), so ist doch dem Geber nicht gestattet, seinen ausgesprochenen, wenn auch damals nicht verstandenen und deshalb nicht acceptirten Schenkungswillen zu widerrufen.

Noch schärfer tritt das Princip, wonach auch ein rein einseitig gebliebener Wille nicht widerrufen werden darf, wenn hierzu kein berechtigtes Interesse vorliegt, hervor in l. 25 D. de don. 39,5, ob die Stelle gleich nicht vom Irrthum handelt. Hier beauftragt A den B, dem C eine Sache des A in dessen Namen zu schenken; B schenkt sie im eigenen Namen.

1) Eine eingehendere Interpretation der l. 34 § 7 cit. s. in meiner „Stellvertretung" S. 56, woselbst ich den juristischen Vorgang des eintretenden Eigenthumserwerbs näher als Erwerb durch stellvertretende Negotiorum gestio bezeichne. Hiergegen wendet nunmehr Pininski (Thatbestand des Sachbesitzerwerbs II S. 236) ein, daß der Titius nur innerlich für mich handeln will, factisch aber non meum negotium gerit. Es wird hierbei sonderbarer Weise übersehen, daß hier ein negotium contemplatione alienum vorliegt.

Obwohl hier kein Eigenthumsübergang [1]), wird doch dem C gegen die condictio des A exceptio doli gegeben — weil es offenbar für unzulässig erachtet wird, solche occasiones iuris in unanständiger Weise auszubeuten.

Mag also auch nach der iuris subtilitas, wie sich l. 25 D. cit. ausdrückt, der einseitige Irrthum das Zustandekommen des Geschäfts verhindern, so ist doch die Berufung auf diese subtilitas dem Mitcontrahenten, der trotz nachträglicher Verbesserung des Irrthums auf denselben pochen wollte, nicht gestattet. Ebensowenig kann sie aber dritten Personen gestattet sein und das führt zu dem Resultat: Einseitiger Irrthum begründet nur relative Nichtigkeit.

3) Ein weiterer Anwendungsfall derselben scheint uns gegeben durch § 6 der Reichsconcursordnung, dessen juristische Bedeutung allerdings viel umstritten ist.

„Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den Concursgläubigern gegenüber nichtig."

Schon die Motive der R.C.O.[2]) nehmen hier relative Nichtigkeit an; ihnen folgen Commentatoren [3]), und neuerdings hat sich für diese Ansicht Dernburg [4]) ausgesprochen.

Auf den ersten Blick möchte nun scheinen, daß diese Annahme durch ein Beispiel widerlegt wird, welches Brandis [5]),

---

1) Daß hier das Eigenthum ipso iure definitiv beim A bleibt, erklärt sich daraus, daß B zu der Veräußerung, wie er sie vorgenommen hat, nicht ermächtigt war. Wäre die Veräußerung von A vorgenommen und nur (wegen error in corpore z. B.) von C nicht sofort acceptirt worden, so wäre vollständige Sanirung gewiß ebenso möglich wie in l. 34 § 7 cit.

2) S. 35 ff.

3) Citate bei Schultze, das deutsche Concursrecht S. 29 ff., auch Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze § 10.

4) Pand. I² § 120 N. 6.

5) a. a. O. S. 197.

allerdings vom Standpunkt des älteren gemeinen Concursrechts angeführt hat und für sehr schlagend zu halten scheint. Gesetzt, daß ein Pfandgläubiger nach Fälligkeit der Forderung selbst in Concurs geräth und nun das Pfand veräußert, so würde man — meint Brandis — mit der Annahme blos relativer Nullität zu dem Resultat kommen, daß, da die Gläubigerschaft trotz jenes Verkaufs den Drittschuldner belangen kann, dieser sein Pfand verliert (indem er zur Geltendmachung der Nullität nicht legitimirt ist) und doch zahlen muß.

Hierbei wird jedoch übersehen, daß eben mit jener Belangung des Drittschuldners die Gläubigerschaft jenen Pfandverkauf annullirt. Da es nun im Begriff der relativen Nichtigkeit, wie er jetzt allgemein gefaßt wird, liegt, daß wenn der Berechtigte bestreitet, Nichtigkeit für Jeden eintritt, so kann selbstverständlich der Schuldner sein Pfand vindiciren. Die gegentheilige Ansicht von **Brandis** fällt mit jener längst aufgegebenen Auffassung, wonach die geltend gemachte relative Nichtigkeit nur für den Einen Nichtigkeit begründet, während alle Andern sich auch jetzt noch nicht darauf berufen können.

Es kann allerdings vorkommen, daß die Gläubigerschaft, indem sie Rechte des Schuldners geltend macht, als hätte derselbe nicht bereits anderweitig über dieselbe verfügt, von dieser letzteren Verfügung keine Kenntniß hat, so wenig, als der Dritte und darum auch keine Bestreitungserklärung abgibt. Diese Gefahr ist jedoch für den Dritten nicht größer, als wenn der ohne Concurseröffnung im status cridae befindliche Schuldner nach dem Pfandverkauf noch die Schuld eingezogen hätte[1].

Die Annahme einer relativen Nichtigkeit bringt daher keinerlei Inconvenienzen mit sich, und entspricht jedenfalls dem Wortlaut des Gesetzes. Natürlich ist aber zuzugeben, daß dem

1) In beiden Fällen leidet der Drittschuldner nicht unter unbilligen Rechtssätzen, sondern unter einer Thatsachencomplication und der Insolvenz.

Schuldner aus der für nichtig erklärten Verfügung alle jene Verpflichtungen erwachsen, welche die Rechte der Gläubiger nicht beeinträchtigen. Insbesondere also obligatorische Verpflichtungen, welche allerdings die Masse nicht mehr schmälern können.

Insofern ist diese Nichtigkeit nicht blos eine relative, sondern auch eine nur theilweise. Das Geschäft bleibt pro parte vollkommen giltig, ist jedoch auch zu diesem Theil für die Concursmasse unwirksam.

Einzelne Schriftsteller haben den § 6 cit. im Sinne einer solchen theilweisen Ungiltigkeit gedeutet; sie scheinen den ungiltigen Theil des Geschäfts für absolut ungiltig anzusehen[1]). Es werden hierbei die Worte „den Concursgläubigern gegenüber" so aufgefaßt, als ob es hieße: „in Beziehung auf das die Concursmasse betreffende Vermögen." Hiernach wäre die Veräußerung aus der Masse auch vom Schuldner selbst zu widerrufen.

Diese Interpretation läßt sich mit den Worten des Gesetzes nicht gut vereinigen, und hat die Motive gegen, und keine durchschlagenden Erwägungen für sich. Insbesondere besteht, wie oben gezeigt, nicht die Gefahr, daß durch die relative Giltigkeit solcher Geschäfte die Rechte Dritter beeinträchtigt werden.

Eine andere Gruppe von Schriftstellern erklärt jene Geschäfte nur für anfechtbar[2]). Man findet den Grund hierfür in der theilweisen Giltigkeit derselben[3]). Diese läßt sich

1) So Wendt, Pand. S. 159

2) Schultze, das deutsche Concursrecht S. 28 fg. Windscheid, Pand. I § 82 N. 8. Endemann, Verbotsgesetze S 100.

3) Bei Schultze besteht insbesondere das Bestreben, die Fälle des § 6 mit den Anfechtungen vor dem Concurs vorgenommener Rechtshandlungen auf ein Princip zurückzuführen. Daß dies nicht möglich ist, erhellt daraus, daß jene Rescissionen, diese Revocationen sind.

jedoch mit der Annahme einer theilweisen Nichtigkeit recht gut vereinigen. Im übrigen bestreiten diese Schriftsteller nicht, daß die Anfechtung so erfolgt, als wäre das Geschäft nicht geschlossen; es ist also diese Anfechtung eine Rescission, und zwar eine an keine Rescissionsklage gebundene. Indem nun praktisch auch von dieser Seite die Wirkungen relativer Nichtigkeit nur unter dem Namen Anfechtbarkeit behauptet werden, erhärtet sich neuerdings unsere oben ausgesprochene Ansicht, daß zwischen diesen beiden Dingen nominis tantum sonus differt.

VII. Die Ungiltigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte.

Es sollen nunmehr die oben sub II erwähnten Besonderheiten der Obligationsungiltigkeit näher besprochen werden, u. z. nach der dort angegebenen Reihenfolge.

1) Wir behaupteten, die Exceptionsmäßigkeit einer Forderung sei weder Nichtigkeit noch Anfechtbarkeit; hieraus folgerten wir, daß die Obligationen der Subsumtion unter ein auf diesem Gegensatz beruhendes Ungiltigkeitssystem widerstreben.

Ehe wir diese Behauptung rechtfertigen, seien gewisse Fälle von dem zu besprechenden Gebiet ausgeschieden. Es gibt Obligationen, die formell exceptionsmäßig, materiell jedoch wahrhaft nichtig sind, indem die Ungiltigkeit eine so einschneidende ist, daß der Prätor die exceptio von Amtswegen inserirt. Hierher gehört m. E. die Verpflichtung aus Frauenintercession. Mit vollem Recht wie ich glaube behauptet neuerdings wieder Gradenwitz in der mehrfach citirten Arbeit, daß der Prätor diese exceptio der Intercedentin aufgedrungen habe, quia totam obligationem senatus improbat. In solchen Fällen liegt wahre — prätorische — Nichtigkeit vor, dieselben gehören

daher nicht zu dem fraglichen Gebiet. Vielleicht gilt ähnliches auch bei der exceptio iurisiurandi; schwerlich, wie Lenel behauptet [1]), auch bei der exceptio rei iudicatae [2]).

Hinsichtlich der übrigen exceptionsmäßigen Forderungen scheint mir nun zunächst klar, daß sie dem Begriff der Anfechtbarkeit nicht entsprechen; vorausgesetzt daß man ihn in seinem natürlichen Sinne, wonach er das an sich bestehende, aber entkräftbare Geschäft umfassen will, versteht. Thut man dies freilich nicht, nennt man etwa anfechtbar alles, was nicht geradezu nichtig ist, so kann man natürlich unter diesen elastischen Namen Alles bringen. Aber ein Begriff verbindet sich mit diesem Ausdruck nicht.

Zwar haben wir auf dem Gebiet der dinglichen und erbrechtlichen Geschäfte unter der Anfechtbarkeit allerdings den contradictorischen Gegensatz der Nichtigkeit verstanden, daraus folgt aber nicht, daß dieser Gegensatz auch hier denselben Inhalt haben und daher so wie dort Anfechtung sein muß.

Bei dinglichen und erbrechtlichen Geschäften ist der Gegensatz des Nichtbestehens ein Ansichbestehen, vermöge dessen das dingliche Recht Dritten gegenüber bis zur Anfechtung seine Wirkung übt. Die Vertheidiger der anfechtbaren Obligationen behaupten ein solches „Ansichbestehen" auch hier. Da trifft nun der Tadel, den Leonhard gegen den vagen Ausdruck, „ein Geschäft bestehe an sich", erhoben hat, vollkommen zu. Worin soll denn diese ipso iure-Existenz hervortreten?

Es ist zwar, wie wir alsbald sehen werden zu weit gegangen, wenn man hier das Vorhandensein jedwedes Rechtsverhältnisses in Abrede gestellt hat. Andrerseits halte ich es für ganz richtig, daß die von den Vertheidigern der Anfechtbarkeit betonte Möglichkeit einer Condemnation wegen unter-

1) Ursprung und Wirkungen der Exceptionen S. 133.

2) Vgl. l. 7 § 9 D. de dolo, 4, 3.

lassener Excipirung das Ansichbestehn exceptivischer Forderungen nicht beweist.

Vor unterlassener Bestreitung übt die exceptivische Forderung gar keine Wirkung. So wenig, daß selbst wenn sie befriedigt ist, die Erfüllung als indebitum rückgefordert werden kann. Alle ihre Wirkungen treten erst dann ein, wenn der Schuldner im Prozeß die Excipirung unterlassen oder sonst auf die Einrede verzichtet hat. Es liegt also hier das directe Widerspiel der Anfechtbarkeit vor; während dort das Rechtsgeschäft wirkt, bis es angegriffen wird, gelangt es hier erst durch den unterlassenen Angriff zur Wirkung. Der Verzicht auf die Exceptio erscheint demnach als eine suspensive Bedingung, welche die bis dahin in suspenso befindliche und unwirksame Obligation erst zur Existenz bringt.

Unrichtig also ist es zu sagen, die Forderung bestehe und werde erst durch die Exceptio zerstört — Anfechtbarkeit. Die exceptio inhärirt ihr vielmehr von vornherein und schließt ihre sämmtlichen Wirkungen, insbesondere, was mir am schlagendsten erscheint, die Fähigkeit als Substrat einer Zahlung zu dienen, ebenso aus wie eine andere Suspensivbedingung. Darum ist die exceptivische Obligation nicht anfechtbar, sondern bedingt; sie ist kein moriturus, sondern ein nasciturus.

Ebenso wenig aber, als die eben angegriffene scheint mir jene Auffassung haltbar, welche hier Nichtigkeit statuirt, obwohl gerade zu diesem Resultat viele Schriftsteller gekommen sind, die sich mit dem Verhältnis von Exceptio und Ungiltigkeit ex professo beschäftigt haben.

Dieselben gehen hierbei davon aus, daß der Begriff des an sich existirenden, aber durch Exceptio unwirksamen Rechts in sich selbst einen Widerspruch tragen würde. Am schärfsten Lenel[1]): Das Recht ist Staatswille und wie das einzelne

1) a. a. O. S. 105.

Individuum, so kann auch der Staat nicht zugleich einen Willen haben und wollen daß dieser Wille unwirksam sei. So ist denn auch das durch Exceptio gehemmte Recht überhaupt kein Recht: **desinit debitor esse is qui nactus est exceptionem.** Was man für das Vorhandensein eines solchen angeführt hat, ist trügerischer Schein, so namentlich die corroborirende Wirkung des Exceptionenverzichts. „Daß man", sagt Brinz [1]), „überhaupt durch Verzicht auf die Exception die peremtorisch exceptionsmäßige Forderung zahlbar, compensirbar, novirbar, constituirbar, daß der Schuldner durch seinen Eigenwillen allgemein rechtsbeständig machen könne, was von Magistrats-, Senats-, von Gesetzes- oder sonst von Rechtswegen exceptionsmäßig vitios ist, kommt nicht vor." „Im Prozesse freilich kann der Schuldner auf die zuständige Exceptio verzichten, allein da kann er auf alle Defension, auch die Negation verzichten."

Was Lenel sagt, ist unzweifelhaft richtig; daß das Recht einen Anspruch wolle und gleichzeitig wolle, daß dieser Anspruch unwirksam sei, ist unmöglich. Dieser Widerspruch liegt aber auch nur vor bei der Anfechtungstheorie, keineswegs bei uns, die wir den exceptivischen Forderungsanspruch als einen bedingten ansehn.

Mit dem was Brinz sagt, gerathen wir aber an den eigentlichen Kern der Frage. Ist das Aufleben der Forderung durch Exceptionenverzicht überhaupt möglich oder nicht? die Bejahung dieser Frage entscheidet sofort gegen die Nichtigkeitstheorie, aber auch sie allein. Denn Alles was man sonst wohl gegen die Nichtigkeit angeführt hat, ist, wie Lenel [2]) und Schwalbach [3]) richtig bemerken, und

1) a. a. O. S. 1633. In der 2. Auflage der Pand. I S. 379 scheint Brinz den Anfechtungsexceptionen etwas günstiger gesinnt; jedoch läßt er sich auf eine bestimmte Aeußerung nicht ein.

2) a. a. O. S. 118 ff.

3) Jahrb. für Dogm. XIX S. 37.

jetzt mehr und mehr zugegeben wird, unerheblich; daß z. B. die Exceptio eine naturalis obligatio zurücklassen kann, ist nur ein Seitenstück zur Naturalobligation bei der civil ungiltigen obligatio pupilli oder servilis; daß auf die Exceptio sich oft nur ein bestimmter Exceptionsberechtigter, auf die civile Anspruchszerstörung Jeder berufen könne, ist gleichfalls unrichtig — ich verweise diesbezüglich auf die obigen Fälle (sub VI) civiler relativer Ungiltigkeit.

Was nun aber den Exceptionenverzicht anbetrifft, so muß m. E. an der Möglichkeit und Wirksamkeit desselben festgehalten werden.

Die Beweisgründe, die Brinz und Lenel dagegen anführen, sind keineswegs überzeugend. Wenn Brinz den außergerichtlichen Verzicht in den obcitirten Worten so schlechthin in Abrede stellt, so ist dies eben nichts als nackte Leugnung, die schon Lenel nicht zu wiederholen wagt, welcher vielmehr ausdrücklich zugesteht, daß bekanntlich exceptio pacti und demgemäß wohl auch exceptio doli, metus u. A. verzichtbar sind und sich nur damit tröstet, daß dies denn doch bei einer Reihe (?) der wichtigsten Exceptionen nicht der Fall sei [1]).

Und auf einer offenbaren Verwechslung beruht es, wenn der gerichtliche Exceptionenverzicht von Brinz deswegen für unbeweisend erklärt wird, weil im Prozesse der Schuldner ja auf jede Defensive allgemein verzichten kann. Selbstverständlich ist ja bei der von Brinz bestrittenen Argumentation vorausgesetzt, daß der Schuldner eben nicht auf die Defensive im Allgemeinen, sondern gerade nur auf die Exceptio verzichtet hat; unter dieser Voraussetzung wird es nun von Bedeutung,

1) a. a. O. S. 133. Unzweifelhaft ist dies aber doch nur bei exc. Sc. Vellejani und bei der exc. Sc. Macedoniani so lange der Vater lebt. Schon bei der exc. jurisjurandi muß divinirt werden.

daß dieselbe nicht wie andere Vertheidigungsmittel ex officio berücksichtigt werden darf.

Etwas stärker wird die Nichtigkeitstheorie von Schwalbach vertheidigt. Schwalbach wendet sich zunächst bezüglich des außergerichtlichen Exceptionenverzichts gegen ein Argument, dem Lenel sich beugte; nemlich gegen die quellenmäßig feststehende Verzichtbarkeit der exceptio pacti, aus welcher Lenel auf ein gleiches Verhalten der exceptio doli und metus geschlossen hatte. Er wendet hiegegen ein, daß bei bonae fidei actiones nach l. 27 § 2 D. de pact. 2. 14 das pactum die Obligation selbst aufhebt, daher auch der Verzicht auf das pactum dieselbe nicht wieder beleben kann. Wenn also bei stricti iuris actiones die replicatio pacti de petendo allerdings gegeben wird, sei dies nur aus dem Actionenformalismus zu erklären. Dem entsprechend müssen auch doli und metus exceptio heut, wo alle Klagen freie sind, die Forderung unwiederbringlich vernichten.

Es liegt aber in dem Schluß von der exceptio pacti de non petendo auf die exceptio doli und metus ein Fehler. Denn beide beruhen auf ganz verschiedenen Voraussetzungen. Man kann sehr wohl dem auf Erlaß der Obligation gerichteten Vertrag — pactum — bei bonae fidei obligationes zerstörende Kraft zugeschrieben haben, ohne darum bei andern Exceptionen, die auf Mängeln des Contractswillens beruhen, Nichtigkeit des Verhältnisses anzunehmen.

Auf der andern Seite ist zuzugeben, daß die Verzichtbarkeit der exceptio pacti, wo sie anerkannt wird, allerdings zunächst dem Actionenformalismus entsprang und ein sicherer Schluß auf sie nicht zu bauen ist.

Demnach steht nun die Sache so, daß bezüglich des vertragsmäßigen Verzichts das pactum de non petendo weder für die eine noch für die andere Ansicht einen Schluß erlaubt.

Desungeachtet sprechen für die diesseitige Meinung gewichtige Gründe.

Zunächst die von Lenel angezogene c. 4 de his quae vi (2, 20), welche bei erzwungenem Verkauf den Verlust der actio quod metus causa in dem Fall statuirt, daß der Verkauf durch Consensus „corroborirt" sei. Diese Stelle, aus welcher auf die Verzichtbarkeit der exc. metus geschlossen werden kann, mit Schwalbach nicht auf Ratihabition sondern auf Neuabschluß des Vertrags zu beziehn, geht deswegen nicht an, weil der Verlust der a° quod metus causa nur durch eine Bestärkung des damals geschehenen erklärt werden kann.

Ferner wissen wir bestimmt, daß auf die exc. Sc. Macedoniani nach dem Tode des Vaters verzichtet werden konnte [1]). Auch hierin spricht sich das Princip aus.

Endlich fällt ins Gewicht, daß es sich, nachdem die Exceptionen von öffentlichem Charakter, wie Sc. Vellejani und iurisiurandi ausgeschieden sind, nur noch um Verhältnisse handelt, die der Privatdisposition anheimgestellt sind. Ich kann mich hier auf die Quellenargumente sowie auf die allgemeinen Erwägungen berufen, die ich oben sub VI, 2 zum Beweise der blos relativen Nichtigkeit irrthümlicher Verträge vorgebracht habe. So wenig als der nicht irrende Theil sich beklagen kann, wenn er am Vertrag den er gewollt hat festgehalten wird, so wenig darf der Betrüger oder der Zwingende sich beschweren, wenn die Ungiltigkeit wegen Dolus und Metus bei veränderten Verhältnissen durch Ratihabition behoben wird, und den Ratihabenten gegen seine eigene Handlung in Schutz zu nehmen besteht schon gar kein Grund. Wollte man sich gegenüber dieser Ratihabition auf die „Nichtigkeit" des Vertrags berufen, so wäre eben diese Nichtigkeit eine weit über das Ziel hinausgehende Mißgeburt der juristischen Technik.

1) l. 7 § 16 l. 9 pr l. 20 D. ad Sc. Mac. 14,6.

Schwalbach würde dagegen vielleicht angeführt haben [1]), daß doch auch die Zahlung ein dispositives Verhältniß sei, während doch auf die Einrede der Zahlung nicht verzichtet werden kann. Thatsächlich ist aber schon Zweifel laut geworden, ob nicht auch die tilgende Kraft der Zahlung durch Parteiwillen rückgängig gemacht werden kann [2]). Und wenn dies auch nicht der Fall sein sollte — die Bürgen und die Pfandinteressenten brauchen sich einen derartigen Handel gewiß nicht gefallen zu lassen — so ist eben die Zahlung ein reales Ereigniß, in dem der Schuldner sich befreien will, während die Exceptio es ihm noch ganz offen läßt, in der Schuld zu bleiben. Der Zahlung äquiparirt daher höchstens der Gebrauch der exceptio, nicht ihr Vorhandensein.

Wenn demnach schon am außergerichtlichen Exceptionenverzicht nicht gezweifelt werden kann [3]), so ist ein gerichtlicher nicht weniger für möglich zu halten. Unrichtig war es nur, wenn die ältere Lehre denselben schon aus der formalen Natur der Exceptio folgerte; denn aus dieser folgt nur, daß wenn die Exceptio in iure nicht inserirt wird, Condemnation geschieht, womit noch nicht gesagt ist, daß der Schuldner auf die Inserirung verzichten kann. Es hat unzweifelhaft auch ex officio die Inserirung vorgenommen werden können. Aber daß das nicht die Regel war, ergiebt sich aus dem vorstehenden.

1) Vgl. denselben S. 43.

2) Bekker, a. a. O. S. 299.

3) Die wenigsten Bedenken macht uns hierbei die von Schwalbach S. 44 angeführte auf den ersten Blick freilich sehr starke l 3 § 1 D. de pec. const. 13, 5. welche das Constitut exceptionsmäßiger Schulden unmöglich nennt; denn wollte man dies auf den Exceptionenverzicht anwenden, so wäre damit viel zu viel, nämlich auch das bewiesen, daß bei stricti iuris obligationes auf die exc. pacti nicht verzichtet werden könne, was quellenwidrig wäre. Wahrscheinlich denkt die Stelle nur an die exc. Sc. Vellejani und Andere, hinsichtlich deren ein Verzicht unmöglich ist.

Wir entscheiden uns daher schließlich dafür, daß die exceptionsmäßig ungiltige Obligation immerhin noch zur Wirksamkeit gelangen kann. Dann aber kann sie nicht mehr nichtig genannt werden und da wir auch den Begriff der Anfechtung hier unanwendbar gefunden haben, so ergibt sich uns eine dritte Form der Ungiltigkeit, welche den Obligationen eigenthümlich ist: das nicht vollgiltige, sondern bedingte, keimende Forderungsrecht.

Hiernach dürfen wir unsere Ansicht über die Bedeutung der Ungiltigkeitsexceptionen im heutigen Recht aussprechen — man wird dieselbe mutatis mutandis auf alle Exceptionen ausdehnen können. Wir treffen im Endergebniß, wenngleich von verschiedenem Wege her, vollkommen mit der Auffassung von Gradenwitz[1]) zusammen. Der römische Begriff der (Ungiltigkeits-) Exceptio, der auf dem Formelbau beruhte, ist zersprengt; Exceptionsthatbestände, die im römischen Recht eine officielle Inserirung der Exceptio begründeten, führen heute zu reinen Nichtigkeiten. Exceptionen aber, die nur auf Antrag inserirt wurden, begründen auch heut eine auf Antrag zu berücksichtigende, daher resolutiv bedingte und heilbare Ungiltigkeit, welche jedoch weder mit Nichtigkeit noch mit Anfechtbarkeit zu identificiren ist.

Ist aber das Wesen der exceptio heute die Berücksichtigung eines Thatbestandes auf Antrag, so sind den „Exceptionen des heutigen Rechts" noch einige andere Ungiltigkeitsgründe gleichzustellen, welche bei den Römern nicht als Exceptionen gefaßt, aber doch nur auf Antrag berücksichtigt und durch Verzicht beseitigt werden konnten. So gehört hierher nach unseren obigen Ausführungen (VI 1 und 2) die Einrede der lex Falcidia, sowie die wegen einseitigen Contractsirrthums (relative

1) a. a. O. S. 312.

Nichtigkeit); aber auch die Einrede der Redhibition oder der laesio enormis. Der Begriff der Exceptio geht hiermit in dem weiteren Begriff der Einrede, als eines nicht ex officio zu berücksichtigenden und verzichtbaren[1]) Ungiltigkeitsgrundes unter.

2) Ich gehe nunmehr zu der zweiten Eigenthümlichkeit der Obligationsungiltigkeit über. Das dingliche, erbrechtliche und familienrechtliche Geschäft kann nach dem oben Gesagten — soweit es nicht absolut ungiltig ist — in der Regel (Ausnahmen vorbehalten) nur von ganz bestimmten Personen angefochten werden, weil die große Menge, gegen die es sonst noch zu wirken hat, an dem Ungiltigkeitsgrunde regelmäßig weiter nicht interessirt ist. Bei Obligationen steht sehr häufig die Anfechtung Jedem zu, dem gegenüber sie zur Sprache kommen, weil der Grund, weshalb letzteres geschieht — Bürgschaft, Verpfändung[2]) und Zahlung — eine so unmittelbare Theilnahme am Rechtsgeschäft bedeutet, daß die Ungiltigkeit auch solchen

---

1) Dieselbe Auffassung, um dies kurz zu berühren, möchte ich auch bei den nicht rechtshindernden, sondern rechtszerstörenden Einreden geltend machen. In diesem Sinne begründet eine Einrede die Compensation und die Verjährung, wogegen Zahlung und Erlaßvertrag das Recht unwiderbringlich vernichten.

2) Verpfändung: also der Verpfänder hat die Exceptionen des Hauptschuldners (abgesehen von Naturalobligationen) vgl. Dernburg, Pfandr. I S. 542. Nicht so dürfte dem dritten Pfandbesitzer oder dem Nachhypothekar die Berufung auf die Einreden des Pfandschuldners zu gestatten sein (sie hätten denn Regreß am Verpfänder). Sie geht der Exceptionsthatbestand so wenig an, wie sonst einen Besitzer gegenüber dem dinglichen Recht. Dies übersieht Dernburg a. a. O., wenn er ihnen die Exceptio quod metus causa verstattet. (Die angezogene l. 15 C. de non num. pec. 4, 30 verstattet die Einrede nur weil eine Art Universalsuccession in das Vermögen des Exceptionsberechtigten stattgefunden hat.) — Wenn aber in solchem Fall Dritten gegenüber die Forderung unanfechtbar erscheint, so ist dies nur eine Folge des dieselbe beschützenden dinglichen Pfandrechts; daher keine Einwendung gegen das im Text Gesagte.

Interessenten zu Gute kommen muß. Dieser Satz trifft so häufig zu, daß die Römer aus demselben die bekannte Regel gemacht haben (l. 32 D. de fidej. 46, 1), wonach rei cohaerentes exceptiones allen Accessionen zu Gute kommen.

Auf der andern Seite gibt es doch Fälle, wo dieser Satz nicht zutrifft, und man kann daher bei Obligationen nicht, wie bei andern Geschäften einen durchschnittlich zutreffenden Grundsatz über den Umfang des — sit venia verbo — Anfechtungsrechts aufstellen. Es ist denn auch anerkannt, daß die Regel omnes exceptiones fidejussori competunt viel zu weit ist. Das wahre Princip aber, nach welchem über Zuständigkeit oder Unzuständigkeit einer Exceptio gegen Forderungen bei Bürgen und was ihnen gleichsteht — wir wollen der Kürze halber nur von Bürgen sprechen — sich entscheidet, ist keineswegs leicht festzustellen; ich glaube daß die herrschende Lehre das Richtige noch nicht getroffen hat.

Es soll jedoch hier auf die gangbare Darstellung des Exceptionsrechts der Bürgen, die sich in der Hauptsache noch der römischen Regel rei cohaerentes exceptiones et quidem invito reo etiam fidejussoribus competunt anschließt, und nur am Detail zweifelt, nicht polemisch eingegangen werden. Schwerlich wird Jemand sich von dieser Formel besonders befriedigt finden. Sie ist der Schlußpunkt einer längeren Entwicklung des römischen Rechts, in deren Verlauf das Exceptionsrecht des Bürgen noch vielfach vom Regreß abhängig gemacht wurde[1]). Diesen Standpunkt hat sie verlassen, und in dieser Negative liegt ihr Verdienst; das Positive was sie aufstellt ist nicht viel mehr werth als andere Definitionen der Quellen. Denn was ist rei cohaerens exceptio? Die Formel sagt es nicht und unsere Literatur ebensowenig. Beinahe kommt

1) Vgl. Dernburg, Pand. II § 79 Not. 5.

man auf den Verdacht, daß ein idem per idem vorliege: rei cohaerens exceptio ist wiederum diejenige die dem Bürgen zusteht.

Insbesondere erregt dagegen, daß man sich unter der rei cohaerens exceptio etwas Bestimmtes gedacht habe, besonderen Verdacht, der Umstand daß man durchgängig auch die Compensationseinrede dem Bürgen einräumt. Wo in aller Welt gibt es eine Einrede, die weniger rei und mehr personae cohaeret als die Compensation mit einer, etwa nicht einmal connexen, persönlichen Forderung. Es wäre wohl Niemand eingefallen, die Compensationseinrede irgend wem Andern zuzugestehen, als dem Hauptschuldner selbst — wäre nicht das Gegentheil in l. 4, 5 D. de comp. 16, 2 gestanden. Nachdem das freilich der Fall war, suchte man auch sie als rei cohaerens zu retten. Da dies denn doch nicht so gut anging, wurde noch die accessorische Natur der Bürgschaft zu Hilfe genommen — der Bürge darf ja nie weiter haften als der Hauptschuldner. Womit man freilich dem Bürgen auch die personae cohaerentes exceptiones hätte vindiciren können.

Zu der m. E. richtigen Auffassung führt die Erwägung, daß solche Einreden, welche auf einem subjectiven Dispositionsrecht beruhen, über dessen Ausübung der Hauptschuldner noch nicht entschieden hat, doch unmöglich in das Belieben anderer Personen als des Hauptschuldners gestellt sein können. Man denke z. B. an die Einrede der Redhibition. Wer sagt denn dem Bürgen, daß der Hauptschuldner nicht trotz der ädilicischen Fehler doch an dem Contract festhalten will; können ja doch dieselben in dem concreten Falle für ihn durch anderweite Vorzüge der Sache völlig aufgewogen sein. Wollte man dem Bürgen hier das Recht zum Rücktritt geben, so dürfte er über fremde Angelegenheiten entscheiden, die ihn nichts angehn, er dürfte sich mit einem fremden Kauf, der dem Käufer am

Ende trefflich gefällt, unzufrieden erklären, und durch seinen Rücktritt die Stellung des Käufers verschlimmern, obwohl er durch seinen Beitritt — und wäre er auch donandi animo beigetreten — sich zur Unterstützung desselben verpflichtet hat. Ein solches Vorgehn aber stünde in direktem Widerspruch zu dem Satz, daß alienam conditionem meliorem quidem, non deteriorem facere nobis licet.

Nicht anders steht es mit der Einrede der laesio enormis; ganz ebenso sind die Fälle des einseitigen Contractsirrthums, auf den sich nur der Hauptschuldner berufen kann, die Fälle der verletzten Quarta falcidia bei Legatsforderungen, endlich auch — wenn wir vorläufig von den Quellen abstrahiren — die Compensationseinrede zu beurtheilen [1]).

Es liegt hier überall ein Dispositionsrecht des Hauptschuldners vor, dessen Ausübung oder Nichtausübung ganz in suspenso ist. In solchen Fällen darf der Bürge nicht statt

1) Letzteres wird manchen so auffallend erscheinen, daß eine nähere Begründung des Gesagten nothwendig ist. Man könnte finden, es sei nur recht und billig, wenn der Hauptschuldner der nicht zahlt, eine Compensation durch den Bürgen dulden muß. Aber wenn der Hauptschuldner compensable Forderungen nicht hat, räumt doch Niemand dem Bürgen das Recht ein, aus der Casse des Hauptschuldners zu zahlen, obwohl hier kein größerer Eingriff in fremdes Vermögen vorliegt als dort; denn ob der Bürge über fremde dingliche Rechte eigenmächtig verfügt oder über fremde Forderungen ist doch höchst gleichgiltig.

Jene anscheinende Billigkeit gegen den Bürgen ist daher nicht durch ein Compensationsrecht zu befriedigen, ein Mittel, dessen Wirksamkeit doch immer von dem höchst zufälligen Vorhandensein compensabler Gegenforderungen abhinge. Jenem Zweck hat vielmehr ein allgemein zutreffendes Mittel zu dienen und dieses ist das beneficium excussionis. Wo dieses nicht eingeführt ist (wie im klassischen Rom), dort ist der Bürge eben überhaupt schlecht gestellt und dagegen hilft man mit Flickwerk, wie es die Compensationseinrede ist, nicht aus; man wird dabei vielmehr inconsequent, indem man dem Bürgen, dessen Hauptschuldner Gegenforderungen hat, aufhilft, jenen dagegen, dessen Hauptschuldner bares Geld hätte

des Hauptschuldners eine Entscheidung treffen. Denn er weiß nicht, ob der Hauptschuldner die Schuld nicht bestehen lassen will. Auch der regreßberechtigte Bürge macht hiervon keine Ausnahme [1]).

---

und doch nicht zahlt, im Stich läßt. Man wird aber auch in der Richtung inconsequent, daß man dem Bürgen hier ein Recht einräumt, in fremdes Vermögen einzugreifen und aus demselben ein Stück eigenmächtig zur Befriedigung zu verwenden, wie es sonst im ganzen Rechtssystem nicht vorkommt (vgl. Waldner, die correale Solidarität S. 62). Von practischen Inconvenienzen sehe ich dabei ganz ab, obgleich es mir nicht erfreulich dünkt, wenn der Bürge mit verzinslichen Forderungen gegen unverzinsliche oder mit Forderungen, die der Hauptschuldner eben verkaufen will, compensirt.

Kraft des benef. excussionis wird sich nun heute die Sache m. E. so stellen, daß der Bürge den Gläubiger auf die compensable Gegenforderung hinweist, worauf dieser dieselbe zu pfänden und nach den Grundsätzen über das Forderungspfandrecht zu seiner Befriedigung zu verwenden hat. Insofern ist meine Ansicht praktisch für den Bürgen nicht belastend, außer in jenen Fällen, wo wegen Abwesenheit oder Concurs des Hauptschuldners der Bürge direct belangt werden kann. In diesen Fällen ist aber, wie ich oben sagte, ein Compensationsrecht des Bürgen eine sehr unzulängliche Aushilfe; viel eher wird man hier mit dem Regreß auf Sicherstellung (gegen den abwesenden Schuldner) abhelfen — ist der Schuldner im Concurs, so ist freilich dieser Regreß unmöglich; gerade für diesen Fall ist es aber absurd, dem Bürgen einen Eingriff in die Concursmasse zu gestatten und ihn auf diese Weise vor allen andern Gläubigern zu begünstigen.

Das hier Gesagte soll natürlich nicht de lege lata gesprochen sein, sondern nur dazu dienen, das im justinianischen Recht unzweifelhaft bestehende Compensationsrecht des Bürgen als etwas Prinzipwidriges zu erweisen.

1) Natürlich aber steht es in allen Fällen dem Bürgen frei, sich beim Hauptschuldner eine Weisung bezüglich des Excipirens zu holen; denn mit Ermächtigung des Hauptschuldners darf natürlich der Bürge das Exceptionsrecht ausüben. (Arg. l. 7. § 1 D. de exc. 44, 1, dazu Savigny System VII S. 219.) Demnach ist der regreßberechtigte Bürge sogar verpflichtet, die Weisung des Hauptschuldners einzuholen (wenn er von der Exc. weiß l. 29 § 2 D. 17, 1), widrigens er den Regreß verliert. Ist der Hauptschuldner nicht zu finden, so ertheilt die Ermächtigung sein Curator.

Das unbedingte Recht zu excipiren — so unbedingt, daß es gar nicht entzogen werden kann und vom Regreß unabhängig ist — muß dagegen dem Bürgen zustehn bezüglich solcher Exceptionen, in deren Thatbestand schon das liegt, daß der Hauptschuldner die Schuld nicht haben will. Hier ist objectiv die Obligation eine mangelhafte; es steht objectiv fest, daß der Hauptschuldner sie nicht will. Da nun anzunehmen ist, daß der Bürge sich nur für eine giltige Schuld und im Interesse des Hauptschuldners verbürgen wollte, ist auch anzunehmen, daß er sich für diese Schuld bei Kenntniß der Verhältnisse nicht verbürgt haben würde und, wenn er nachträglich vom Vorhandensein der Exceptio hört, sich sofort für frei hält. Denn, daß der Schuldner seinen Willen ändern werde, darauf kann der Bürge natürlich nicht rechnen; er vertraut vielmehr auf den Willen des Schuldners, nichts schulden zu wollen und in diesem Vertrauen ist er nicht zu täuschen. Darum wird hier die Exceptio auch dem nichtregreßberechtigten Bürgen gegeben.

Man nehme die exceptio metus. Wer zur Eingehung einer Schuld hat gezwungen werden müssen, hat die Schuld nicht gewollt und diesen Willen ersichtlich werden lassen. Für den Bürgen, sobald er dies erfährt, liegt objectiv der Schuldreprobationswille des Schuldners vor; auf diesen verläßt er sich, an die Möglichkeit einer Ratihabition denkt er gewiß nicht.

Nicht anders steht es bei der exceptio doli. Wer durch Betrug zu einem Vertrag hat verleitet werden müssen, von dem ist es gewöhnlich objectiv sicher, daß er den Vertrag so wie er ist nicht gewollt hat; auch darauf muß der Bürge sich

Wenn wir hier den Regreß für nebensächlich erklären, so liegt darin kein Widerspruch mit Note 2 auf S. 140, wo wir demselben Bedeutung zugestanden; denn dort wurde ja nur an Einreden gedacht, welche auch den Accessionen zu Gute kommen.

verlassen können. Man könnte einwenden, im Betrug liege immer ein einseitiger Irrthum und da sei es denn doch nicht so ganz zweifellos, ob der Hauptschuldner den Vertrag nicht festhalten wolle. In einzelnen Fällen kann das richtig sein; in der weitaus überwiegenden Zahl der Betrugsfälle zeigt die betrügerische Machination aufs klarste, daß der Contract ohne den Betrug nicht gewollt wäre, und diese Regelfälle haben die Römer im Auge, wenn sie die exc. doli dem Bürgen ohne weiteres anheimstellen.

Nicht anders ferner exceptio pacti, iurisiurandi, rei iudicatae. Wenn der Hauptschuldner sich von seiner Schuld lospactirt, losschwört, losstreitet — nun so liegt hierin eben objectiv seine Willenserklärung, die Schuld solle nicht mehr gelten, und diese Erklärung ist es, welche allseits befreit, während in den oben genannten Fällen — exc. redhibitionis u. s. f. — eben noch die Frage ist, wie der Schuldner entscheiden wird; erst wenn er entschieden hat, dann natürlich können die Bürgen die Exceptio gebrauchen, weil keine Hauptschuld mehr da ist.

Durch dieses Letztere unterscheiden sich die Einreden aus persönlichen Rechten des Hauptschuldners von jenen, welche eine Naturalobligation überlassen. In beiden ist der Bürge beschränkt; aber während die Beschränkung bei den letzteren in einem völligen Verlust der Einreden besteht, liegt sie bei ersteren nur darin, daß sie ohne Erlaubniß des Hauptschuldners nicht gebraucht werden dürfen.

Will man diese Unterscheidung der Einreden, welche wir hier festgestellt haben — je nachdem sie eine objective Reprobation der Schuld seitens des Hauptschuldners zur Voraussetzung haben oder nur ein subjectives Reprobationsrecht — will man diese Unterscheidung mit dem Terminus rei und personae cohaerens exceptio bezeichnen, so ist dagegen nicht das Mindeste einzuwenden.

Nunmehr aber ist die Richtigkeit dieser aprioristischen Ausführung an der Hand der Quellen zu prüfen. Es wird sich ergeben, daß die Quellen, wenn sie auch keine ausdrückliche Bestätigung derselben enthalten, doch ganz wohl mit ihr zu vereinbaren sind. Es ist also zu prüfen, ob wirklich der Bürge die Exceptionen nur dann, aber auch immer dann, selbst wenn er keinen Regreß hat — gebrauchen darf, wenn der Hauptschuldner die Schuld reprobirt hatte.

Vollkommen mit unserer Ansicht stimmt l. 7 § 1 D. de exc. 44, 1.

Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fidejussori. intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur etiam, fidejussori competit. idem dicitur et si pro filio familias contra senatus consultum quis fidejusserit, aut pro minore vigintiquinque annis circumscripto; quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit nec fidejussori danda est exceptio.

Dem Bürgen wird die Exceptio gegeben, wo objectiv feststeht, daß die Hauptschuld gegen den Willen des Contrahenten zuwiderläuft. Res iudicata, pactum und iusiurandum zeigen dessen Befreiungswillen; metus und dolus zeigen, daß er die Schuld bei freiem Entschluß nicht gewollt hätte. Nicht minder ist das klar, wenn der minor gegen die lex Plaetoria „circumscriptus“ ist. Regreß wird nirgends erfordert.

Ist der minor ohne Betrug, durch eigenen Unverstand, geschädigt (deceptus in re), so ist gerade jener Grundsatz festgehalten, den wir bei der Einrede wegen ädilitischer Fehler, laesio enormis und einseitigen Irrthums postuliren. Es ist

lediglich ein subjectives Recht des Minderjährigen, durch das zuständige Rechtsmittel Befreiung zu erlangen; erst diese kommt dem Bürgen zu Gute [1]).

Daß endlich die exc. Sc. Vellejani und quod libertatis onerandae causa petitur dem Bürgen zustehen, folgt daraus, daß diese ein öffentliches Interesse verfolgen [2]); wahrscheinlich wurden beide ex officio inserirt. Genau genommen fallen sie daher unter einen ganz fremden Gesichtspunkt und hätten hier gar nicht erwähnt werden sollen. Auch die exc. Sc. Macedoniani ist eigentlich nicht rei cohaerens; sie wird dem Bürgen — außer bei bestehendem Regreß — bekanntlich nicht gegeben, wegen des Fortbestandes einer naturalis obligatio [3]); daher unzweifelhaft auch dem Regreßberechtigten nicht gegen den Willen des Hauptschuldners.

Während diese Exemplification mit dem aufgestellten Princip in allem Wesentlichen zusammenfällt, gibt es einige Stellen, welche demselben Schwierigkeiten zu bereiten scheinen.

Zunächst eine Stelle, welche auch bei offenbarem Reprobationswillen des Hauptschuldners dem Bürgen die Exceptio nicht unbedingt geben soll. Diese Stelle ist freilich so beschaffen, daß sie die richtige Ansicht viel eher bestätigt als widerlegt; es ist nämlich die l. 5 pr. D. 34, 3.

Si quis reum habeat et fidejussorem et reo liberationem leget, Julianus ibidem scripsit reum per acceptilationem liberandum; alioquin si fideiussorem coeperit convenire, alia ratione reus convenitur. quid tamen si donationis causa fidejussor intervenit nec habet adversus reum regressum .... pacto est reus liberandus. atquin solemus dicere pacti exceptionem fideiussori dandam, quae

1) Vgl. Savigny, System VII S. 219.

2) s. bezüglich der exc. Vell. Gradenwitz, a. a. O. Cap. II.

3) l. 9 § 3 ad Sc. Mac. vgl. Mandry, Familiengüterrecht I S. 477.

reo competit. sed cum alia sit mens legantis, alia paciscentis, nequaquam hoc dicimus.

In dieser Stelle findet man vielfach den Satz ausgedrückt, die exceptio pacti komme dem Bürgen außer im Fall des Regresses nicht zu [1]). Denn die Stelle läßt den Hauptschuldner durch pactum befreien, in der Voraussetzung, daß die Haftung des regreßlosen Bürgen dennoch fortdauern werde.

Dabei übersieht man jedoch die Bedeutung der Einwendung, die der Jurist sich selbst mit den Worten atquin solemus sqq. macht. Hier ist ja ausdrücklich zugestanden, daß die exceptio pacti jedem Bürgen zukomme!

Die Sache steht ganz einfach so: die exceptio pacti kommt dem Bürgen zu, es müßte denn ein pactum de non pet. in personam vorliegen (l. 22 D. de pact. 2, 14). Gerade ein solches nun, meint Ulpian, soll in unserm Fall, um der Absicht des Erblassers zu entsprechen, abgeschlossen werden. Es ist nicht anzunehmen, daß der Erblasser die Forderung ganz aufgeben wollte [2]); er wollte nur den Hauptschuldner befreien und sie vom Schenkungsbürgen doch eingezogen wissen. Demnach ist der Zusammenhang der, daß Ulpian sagt: „Hat der Bürge Regreß, so kann natürlich das Legat nur durch Befreiung Beider verwirklicht werden: also Acceptilatio. Ist er aber Schenkungsbürge, so ist zu bedenken, daß das Legat die Erbschaft im Zweifel möglichst wenig belasten darf; daher ist nur der Hauptschuldner durch pactum zu befreien. Freilich (atquin) pflegen wir zu sagen, daß das pactum des Haupt-

1) Eine Spur der älteren, unzweifelhaft in l 16 § 1 ad Sc. Vellej. hervortretenden Ansicht, wonach die exceptio des Bürgen vom Regreß abhängt, findet in der Stelle Dernburg, Pand. II § 79 N. 5 i. f. Unhaltbare Erklärungen bei Vangerow, Pand. II § 578, Hasenbalg, Bürgschaft, S. 317.

2) Ueber das Verhältniß dieser Ansicht zu l. 49 pr. D. de fidej. s. unten.

schuldners auch dem Bürgen zu Gute kommt. Dies aber doch nur deswegen, weil **alia mens est paciscentis, alia legantis,** d. h. weil ein Erlaß inter vivos in der Regel in rem zu verstehen ist (da ja der Hauptschuldner nicht einmal Anstandsverpflichtungen gegen seine Bürgen haben will), was man beim Erlaß durch Legat nicht annehmen darf. Schließt also auf Grund des Legats der Hauptschuldner ein pactum, so darf dieses nur in personam geschehen."

So verstanden steht die Stelle unserer Ansicht über die Zuständigkeit der exceptio pacti nicht entgegen; ja sie würde sogar einen neuen Beweis für die unbedingte weitere Wirkung der exc. pacti unter Lebenden erbringen, wenn ihr nicht eine andere Stelle entgegenstände, nämlich l. 32 D. de pact., in welcher Paulus die exceptio pacti dem nicht regreßberechtigten Bürgen abspricht. Indessen kann damit keinesfalls gemeint sein, daß der Bürge sich nie auf die Exceptio berufen kann, denn an anderer Stelle referirt derselbe Paulus anstandslos eine Ansicht des Julian, wonach sogar der Hauptschuldner sich „plerumque" auf das Pactum des Bürgen berufen kann; wenn auch nicht mit exceptio pacti, so doch, was dem sachlich gleichsteht, mit exceptio doli (l. 25 § 2, 26 de pact.) [1]). Vielleicht hätte Paulus die exc. d o l i auch in l. 32 gewährt; vielleicht aber glaubt er das Pactum als persönliches auslegen zu sollen. Wie dem auch sei, die Mehrzahl der Stellen — l. 25 § 2 de pact. l. 5 pr. de lib. leg. und l. 7 § 1 de exc. sprechen für die unbedingte Zulässigkeit einer aus der Person des Hauptschuldners abgeleiteten exc. pacti, ihnen steht nur e i n e [2]) Stelle entgegen, noch dazu von einem Juristen,

1) Vgl. meine Abhandlung zur Lehre von den passiven Gesammtschuldverhältnissen in G r ü n h u t s Ztschr. XIV S. 446 und B i r k m e y e r, die Exceptionen im b. f. judicium § 32.

2) Denn l. 23 D. de pact. gehört nicht hierher; H a s e n b a l g, Bürgschaft S. 319 unten.

der an anderm Orte an der hier vertretenen Ansicht keinen Anstand genommen hatte [1]).

Also daß der erklärte Schuldreprobationswille des Schuldners auch dem regreßlosen Bürgen zu Gute kommt, entspricht dem Gesammtstand der Quellen.

Viel schwieriger ist unsere Stellung gegenüber jenen Stellen, welche auch die Compensationseinrede des Reus dem Bürgen verstatten; sie widerstreiten unserer Behauptung, daß der Bürge die noch von der Disposition des Hauptschuldners abhängigen Einreden nicht geltend machen darf. Daß hiermit dem Bürgen in auffälliger Weise das Recht gegeben ist, über fremdes Vermögen zu verfügen, wird nicht leicht zu verkennen sein; selbst die Hauptschriftsteller über die Compensation erkennen dies an [2]). Andererseits ist freilich sofort zuzugeben, daß nach Digestenrecht an dieser Befugniß des Bürgen gar nicht gezweifelt werden kann; die Quellenzeugnisse — l. 4 und l. 5 D. de comp. 16, 2 — lassen kein Deuteln zu. Es kann sich daher nur darum handeln, zu ermitteln, ob diese Anschauung auch die der classischen Juristen gewesen ist. Sollte dies nicht der Fall gewesen sein, so müßten wir ein durch die Compilation geschaffenes jus singulare anerkennen, welches nicht weiter auszudehnen ist, und daher unser aus der Natur der Sache folgendes Princip nicht erschüttern kann.

Es ist nun schwierig, über die ursprüngliche Bedeutung

---

1) Die weiteren hierhergehörigen Quellenstellen sind ganz bedeutungslos. Unbeweisend für die Regreßnothwendigkeit l. 16 § 1 D. ad Sc. Vell., welche schließlich zu dem richtigen Resultat gelangt. L. 9 § 3 ad. Sc. Mac. erklärt sich aus der Naturalobligation. § 4 J. de replic. ist leere Phraseologie. Die Hauptstellen l. 7 de exc. l. 19 l. 32 de Fidej. wissen vom Regreß nichts.

2) Dernburg, Compensation S. 459 oben. Eisele, Compensation S. 298 N. 19.

jener Stellen eine Ansicht zu behaupten, ohne in die äußerst complicirte und zweifelhafte Compensationsgeschichte einzugehen. Ich muß deßhalb um Nachsicht bitten, wenn ich eine Auffassung vertrete, die nur durch Hinweis auf fremde und nicht unbestrittene Forschungen zu rechtfertigen ist.

Zunächst bezüglich l. 5 h. t. meine ich mit Stampe[1]), daß sie sich ursprünglich auf eine Klage aus dem Argentarierverkehr bezogen hat. Si quid a fidejussore petetur heißt es daselbst, aequissimum est eligere fidejussorem, quod ipsi an quod reo debetur compensare malit. Hiermit ist Compensation ex dispari causa anerkannt. Nun rührt aber die Stelle von Gajus her, welcher im Institutionencommentar IV § 61 selbst bei bonae fidei obligationes Compensation nur ex eadem causa zulässig hielt. Mit Stampe halte ich es aber für höchst unwahrscheinlich, daß die Compensation im stricti juris judicium freier gestaltet gewesen sein sollte, als im judicium bonae fidei. Bezieht man nun die Stelle auf den Bürgen eines Argentariers, so liegt ein sehr begreifliches Sonderrecht vor. Denn da der Argentarius mit seinen Kunden im Contocorrentverkehr steht, ist es begreiflich, daß man auch seinen Geschäftsfreunden das in solchen Verhältnissen stets intendirte Recht einräumte, die Klage auf den Saldo zu beschränken.

Was aber die l. 4 betrifft, so ist zu bemerken, daß so wie sie in der Compensation lautet, eigentlich jede Auffassung der Compensationsgeschichte an ihr Anstoß findet. Sie bebehauptet, daß der Bürge ipso iure eo minus ex omni contractu debet, quod ex compensatione reus retinere potest; sie führt diese Ansicht auf Neratius und Pomponius zurück und

---

1) Das Compensationsverfahren im vorjustinianischen Stricti juris judicium S. 43.

ergibt damit ein ipso iure compensari, noch dazu für omnis (also auch für stricti iuris) contractus, in so früher Zeit wie es Niemand annimmt. Man hat, um dem zu entgehen, dem ipso iure seine formelle Bedeutung, in der es den Gegensatz zu per exceptionem doli zu bezeichnen scheint, zu entziehen gesucht und gemeint, es wolle hier nur das materielle Compensationsrecht des Bürgen, nicht der Compensationsmodus betont sein[1]). Indessen ist schon das äußerst unwahrscheinlich, daß drei Juristen, Neratius, Pomponius und Paulus den Ausdruck — noch dazu ganz überflüssigerweise, da er dann ebenso gut hätte wegbleiben können — in einem nicht technischen Sinn genommen haben sollten. Aber selbst wenn man sich darüber hinwegsetzt, — bei näherer Betrachtung kann nicht einmal dieses materielle Compensationsrecht des Bürgen im Sinn des Neratius und Pomponius gelegen haben. Denn zu ihrer Zeit hatte ja — das dürfte sich doch mit Dernburg[2]) ziemlich bestimmt behaupten lassen — der Hauptschuldner selbst noch kein festes Recht auf die Compensation, sondern war dieselbe lediglich eine Sache freien richterlichen Ermessens. Selbst für bonae fidei obligationes und Forderungen ex eadem causa scheint dies nach dem Ausdrucke des Gajus (IV § 61 ff.) behauptet werden zu müssen; für die contractus stricti juris und ex dispari causa ist die Compensation, wenn wir den Quellen Glauben schenken wollen, erst unter Marc Aurel eingeführt worden — dessenungeachtet sollen Neratius und Pomponius die Compensation ex omni contractu und nicht blos dem Hauptschuldner, sondern auch dem Bürgen und zwar als festes gesetzliches Recht eingeräumt haben!

---

1) Dernburg, Comp. S. 326; Stampe a. a. O. S. 18.

2) Comp. S. 67 ff.; Pand. II § 62 Note 7; Studemund Gai. IV 63.

Obwohl daher im Allgemeinen weder für Emendationen noch für Interpolationen in den Pandekten besonders eingenommen glauben wir denn doch im vorliegenden Fall die Stelle, so wie sie vorliegt, nicht annehmen zu können. Große Wahrscheinlichkeit scheint uns für eine Annahme zu sprechen, welche schon Eisele, freilich mit unrichtigen Prämissen [1]), aufgestellt hat, wonach Neratius und Pomponius ursprünglich vom fidejussor indemnitatis gesprochen hätten. Für diesen konnte auch zu ihrer Zeit schon behauptet werden, daß er auf das nicht hafte, was vom Hauptschuldner durch Compensation „zurückgehalten" worden war, da ja dieselbe eine Befriedigung auch des Klägers enthält; andererseits schien diese Behauptung in keiner Weise überflüssig, zum Mindesten konnte man zweifeln, ob die Befreiung des Schadlosbürgen ipso iure oder ope exceptionis eintrete. Denn der rechtliche Vorgang bei der Compensation kann verschieden aufgefaßt werden, und es ist von Interesse, daß gerade derselbe Pomponius sich bemüssigt sieht, die satisfactorische Natur der Compensation auch an anderer Stelle auszusprechen (l. 4 D. qui pot. 20, 4). Danach ist es eine plausible Annahme, daß er auch hier die zahlungsgleiche Natur der Compensation in Bezug auf den Schadlosbürgen hervorheben wollte.

Von diesem Ausgangspunkt aus muß nun unsere Stelle eine zweifache Umwandlung durchgemacht haben. Neratius und Pomponius können nicht geschrieben haben ipso iure indemnitatis fidejussorem eo minus ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest. Von einem retinere posse konnten sie nicht sprechen, weil zu ihrer Zeit der Hauptschuldner es, wie gesagt, noch garnicht in seiner Macht hatte, so allgemein zu compensiren. Sie

1) Compensation S. 171. 301 ff.; dag. Dernburg, P. II § 62.

dürften daher geschrieben haben quod reus retinuit: wenn der Richter kraft seines freien Ermessens die Compensation zugelassen hatte, verringerte sich die Haftung des Schadlosbürgen. Paulus machte dann aus dem retinuit, dem zu seiner Zeit bestehenden Compensations r e ch t des Schuldners ganz entsprechend, ein retinere potest und fügte den, gleichfalls offenbar vom Standpunkt des Rechts auf Compensation geschriebenen Nachsatz hinzu: sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest. Erst die Compilatoren strichen dann den indemnitatis fidejussor, ganz erklärlicherweise, weil ihnen dies mit der von ihnen gleichfalls verallgemeinerten l. 5 eod. besser zu harmoniren schien.

Wem diese Annahme zu gewagt erscheint — beweisen läßt sie sich freilich nicht — der wird doch mindestens zugeben, daß d a s z u b e w e i s e n ist, daß die Stelle so wie sie jetzt lautet, im Original nicht gelautet haben kann, daß Neratius, Pomponius und demgemäß auch der Referent Paulus ein allgemeines Compensationsrecht des Bürgen hier nicht im Auge gehabt haben können.

Ist aber diese Auffassung richtig, so ergibt sie, daß die classichen Juristen ein allgemeines Compensationsrecht des Bürgen mit Forderungen des Hauptschuldners nicht ausgesprochen haben [1]). Mit i h n e n befindet sich also unsere Ansicht über das Exceptionsrecht des Bürgen auch hier nicht in Widerspruch. Für das gemeine Recht allerdings sind die Aussprüche der eben erörterten Fragmente maßgebend [2]); es

---

1) Ueber die anscheinende Härte dieser Ansicht oben S. 143 N. 1.

2) In jenen Fällen übrigens, wo das benef. excussionis zutrifft, ist der Bürge schon vom Gesichtspunkt der Excussion berechtigt, die kompen-

läßt sich aber die Ansicht vertreten, daß was durch eine locale Streichung der Compilatoren entstanden ist, nicht zu einem allgemeinen Princip zu erheben ist, wenn nicht besondere Gründe dazu zwingen [1]).

Solche haben wir aber bis jetzt nicht gefunden; vielmehr stehen die Quellen im Einklang mit dem Princip, daß die Einrede dem Bürgen nur dann aus der Person des Hauptschuldners zusteht, wenn dieselbe schon in ihrem Thatbestand einen die Schuld verwerfenden Willen des Hauptschuldners aufweist.

Nunmehr sind noch zwei weitere Entscheidungen der Quellen zu besprechen, welche scheinbar nicht auf diesem Princip beruhen.

Die Quellen enthalten den Satz, daß die Querela non numeratae pecuniae auch dem Bürgen zusteht (l. 12 C. de non num. pec. 4,30, cf. l. 15 pr. D. de fidej. 46,1). Sie enthalten die weitere Bestimmung (l. 49 pr. de fidej.), daß auf die testamentarische Befreiung des Hauptschuldners sich auch der Bürge berufen kann, wenn er mit Umgehung des Hauptschuldners angegriffen wird.

Was die beiden ersteren Stellen betrifft, so lassen sie sich bei näherem Zusehen allerdings auf unser Princip zurückführen. Freilich hatte der Schuldner hier nirgends geäußert, daß er die Einrede der nicht erhaltenen Valuta geltend machen wolle; aber der Fall liegt danach, daß jeder Vernünftige den Willen des Reus, die Schuld nicht anzuerkennen, einfach präsumiren wird und auch darf. Es handelt sich hier um einseitige Schulden — Stipulationen, resp. Darlehen. Da ist es denn ein

---

sable Gegenforderung vorzuschützen. S. oben S. 148. Die Frage ist daher für das heutige Recht wenig praktisch.

1) Ueber das Compensationsrecht der Correalschuldner mit Forderungen ihres Mitschuldners vgl. meine cit. Abhandlung in Grünhuts Ztschr. XIV S. 469.

ganz natürlicher Grundsatz, daß jeder vernünftige Mensch eine Schuld, von der er nichts hat, ohne weiteres nicht will; eine Darlehensschuld ohne Valuta will Niemand und der Bürge ist daher wieder vollberechigt zu erwarten, daß der Reus die Querel anstellen werde; dieses Vertrauen ist nicht zu täuschen. Gerade so wie wir eine Schenkung für acceptirt ansehen, wenn der Beschenkte dazu schweigt [1]), werden wir hier die Schuld für reprobirt ansehen; es wäre sinnlose Chicane, den Bürgen zur Zahlung zu zwingen (l. 15 D. cit.).

Ganz dieselbe Erwägung dürfen wir auch an die dritte Stelle (l. 49 de fidej.) herantragen. Aller Wahrscheinlichkeit nach handelte es sich hier um eine einseitige Schuld des Legatars; denn nur eine solche wird man testamentarisch „erlassen." Da ist es begreiflich, daß der Bürge sich sofort für befreit halten darf; es wäre Chicane, wenn der Legatar ihn zwingen wollte, an seiner besonderen Vorliebe für das Schuldigsein weiter theilzunehmen. Es ist übrigens zu bemerken, daß Papinian hier den Erlaßwillen des Erblassers liberaler auslegt, als Ulpian in l. 5 pr. de lib. leg. Nach Ulpian darf der Bürge den Schulderlaß nur als auf persönliche Befreiung des Hauptschuldners gerichtet ansehen; nach Papinian darf er in demselben einen vollständigen Verzicht auf jede Forderung erblicken.

---

1) Vgl. Hartmann in seinem geistvollen, nur stellenweise m. E. zu weit gehenden Aufsatz „Werk und Wille bei stillschweigendem Consens" Arch. f. civ. Prax. LXXII. S. 208. Von diesem Gesichtspunkt aus, daß die Annahme eines Rechtsvortheils auch bei Stillschweigen präsumirt wird, möchte ich auch die bekannte Streitfrage entscheiden, ob bei Alternativobligationen die einseitige Wahlerklärung des Wahlberechtigten bindend ist. Man wird sagen dürfen: Ja, denn es ist zu präsumiren, daß der Gegner den Rechtsvortheil, der ihm durch die Beendigung der Ungewißheit erwächst, stillschweigend acceptirt. Natürlich wird man aber bei einseitigen Erklärungen des Wahlberechtigten immer zusehen müssen, ob wirklich Wahl vorliegt oder bloßes Aviso.

Hiernach ergibt sich bezüglich der Zuständigkeit der Einreden des Hauptschuldners für den Bürgen das Resultat:

Der Bürge kann jene Einreden vorschützen, deren Thatbestand bereits ein das Nichtwollen der Schuld beweisendes Verhalten des Hauptschuldners involvirt; bei einseitigen Obligationen wird ein solches zumeist präsumirt werden. Der Grund für ersteren Satz liegt in der Annahme, daß der Bürge eben nur um des Hauptschuldners willen haften wollte und sonach dort wo dieser die Schuld reprobirt, erwartet, daß das Hauptschuldverhältniß (und damit auch seine Schuld) definitiv eine Endschaft gefunden habe.

Einreden, welche lediglich auf subjectiven Dispositionsrechten des Hauptschuldners beruhen, kann der Bürge ohne dessen Ermächtigung nicht gebrauchen.

Ob der Bürge regreßberechtigt ist oder nicht, ist in beiden Fällen gleichgiltig[1]). In den Quellen wird der Regreß in dieser Frage nur vereinzelt in unbeweisenden Stellen erwähnt.

In dieser ganzen Erörterung sind jene Exceptionen unberücksichtigt geblieben, welche Zahlungserleichterungen des Hauptschuldners betreffen (benef. competentiae, Einrede der Stundung u. a.); daß solche „höchstpersönliche" Vortheile dem Bürgen nicht zu Gute kommen, ergibt sich aus dem Zweck der Bürgschaft und konnte nie zweifelhaft sein[2]).

1) S. jedoch oben S. 144 Note 1.

2) Natürlich kann eine zukünftige Gesetzgebung Exceptionen bilden, hinsichtlich deren unser Prinzip nicht zureicht; ist es doch unmöglich, bei der unübersehbaren Mannigfaltigkeit der einschlägigen Verhältnisse überall eine starre Regel durchzuführen. Insbesondere bedürfen besonderer Untersuchung die Exceptionen aus gesetzlichem Verbot eines Contracts; inwieweit sie dem Bürgen zustehen, kann nur von Fall zu Fall nach dem Sinn des betreffenden Gesetzes entschieden werden. Vgl. l. 24 D. 39,5. Im Uebrigen glaube ich, daß für die bis jetzt von der Gesetzgebung des gemeinen Rechts anerkannten Einreden obiges Prinzip überall durchführbar ist.

Indem wir nach dieser Abschweifung zu unseren Ungiltigkeitsexceptionen zurückkehren, erübrigt uns hier nur im Resultat zu constatiren, daß von diesen manche den Bürgen und sonstigen Accessionen unbedingt zustehen, andere nicht; daß daher bezüglich der Legitimation, eine Obligation als ungiltig zu bestreiten, keine so weitreichende Regel vorhanden ist, wie bei nichtobligatorischen Geschäften, wo regelmäßig nur bestimmte Personen hierzu legitimirt sind.

3) Die dritte Eigenthümlichkeit der Obligationsungiltigkeit, die wir oben berühten, ist die, daß sie eine graduell abgestufte ist. **Die Ungiltigkeit hat verschiedene Intensitätsgrade:** bald ist das obligatorische Geschäft durch und durch ungiltig, bald bleibt eine Naturalobligation über.

Dieser Gegensatz hängt in keiner Weise zusammen mit dem Gegensatz von Nullität und Anfechtbarkeit. Auch ipso iure ungiltige, vom Richter ex officio nicht anzuerkennende Geschäfte, die man so recht ex professo nichtig nennen möchte, lassen Naturalobligation über; ich nenne die Obligation des Pupillen, des Sklaven, des Capite Minutus.

Es läßt sich zeigen, daß solche Abstufung der Ungiltigkeit bei andern Rechtsgeschäften nicht vorkommen kann.

Das dingliche Recht, das Erbrecht, das Familienrecht vertragen nach der heutigen Rechtsentwicklung keine Abstufung ihrer Wirksamkeit. Sie sind entweder ganz oder garnicht da. Es gibt kein halbes Eigenthum oder Erbrecht mehr.

In classischer Zeit mochte man von einem solchen sprechen. Als die Tradition einer res mancipi bonitarisches Eigenthum, das prätorische Testament bonorum possessio sine re erzeugte, konnte man allerdings sagen, daß hier halbes Recht erzeugt worden sei, daß das bezügliche civil ungiltige Geschäft im Effekt halbgiltig sei. Unser gemeines Recht kennt dies nicht mehr.

Bei Obligationen ist das, was dort im historischen Werde-

prozeß zufällig vorkam, durch innere Nothwendigkeit bedingt. Denn das wird immer vorkommen, daß einer Forderung, sei es wegen Verpflichtungsunfähigkeit des Schuldners, sei es auch aus andern Gründen, die volle Wirksamkeit gegen den Hauptschuldner wird abgesprochen werden müssen, daß aber desungeachtet ein gewisser natürlicher Rechtsstoff überbleibt, der für die Verpflichtung anderer Personen ein Fundament bietet. Jene Vorgänge, welche, wie Brinz treffend sagt, sehr wenig Jus, aber sehr viel Natur an sich haben, wie z. B. die Zuzählung eines Darlehens an einen Unmündigen, sind eben auf dem Obligationengebiet so recht zu Hause, und bringen naturgemäß eine Abstufung der Ungiltigkeit mit sich, welche auf andern Gebieten ihres Gleichen nicht hat.

Die Naturalgiltigkeit ist ein Mittelding zwischen juristischer Giltigkeit und juristischer Nichtigkeit. Man hat sie in dieser Eigenart zumeist verkannt und als eine Art „theilweiser Nichtigkeit" bezeichnet[1]). Dieser Ausdruck ist jedoch völlig unpassend.

Schon an sich hat die Idee der theilweisen Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts etwas Bedenkliches, weil, was theilweise existirt, eben nicht nichtig ist. Immerhin läßt sich der Ausdruck noch ertragen, wo die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts quantitativ theilbar gedacht werden; so wenn Jemand sagen wollte, die nicht insinuirte große Schenkung sei zu dem 500 Solidi übersteigenden Betrage nichtig. Dagegen scheint mir, daß man unmöglich die Haftung des Hauptschuldners, der Bürgen, der Pfänder als ebensoviel Theile des obligatorischen Verhältnisses ansehen kann. Wenn man sagt, die Obligation des Pupillen ist theilweise nichtig, nämlich soweit sie sich auf die gerichtliche Geltendmachung gegen ihn selbst bezieht, so faßt

1) Vgl. Brinz S. 1631.

man das obligatorische Rechtsverhältniß als aus zwei quantitativ abgegrenzten Bestandtheilen, dem natürlichen Sollen und dem rechtlichen Müssen, bestehend auf. Dies aber ist vollkommen unzulässig, da die Parteien, die z. B. ein Darlehen contrahiren, nicht etwa zuerst das Sollen und darüber hinaus das Müssen im Sinne haben, vielmehr beides untrennbar im Geschäft vereint ist: das naturale Vertragselement würde ohne das rechtliche nie gewollt werden, das rechtliche würde ohne das naturale nicht entstehen können. In dieser Untheilbarkeit des Vertrags tritt das Bedenkliche des Ausdrucks, ein Rechtsgeschäft sei theilweise nichtig, deutlich hervor.

Nichtig ist ja niemals das Naturding des Rechtsgeschäfts, sondern nur seine Wirkung, das Rechtsverhältniß. Kann man nun angesichts der klaglosen Obligation sagen, die Klage sei ein Theil der Forderung? Der Contract des Pupillen erzeuge nur theilweise eine Obligation? —

Ist demnach die Kategorie der theilweisen Ungiltigkeit hier unzutreffend, so muß zugestanden werden, daß die naturalis obligatio eine eigenthümliche Erscheinung verminderter Ungiltigkeit bietet. Keine Nichtigkeit und doch nicht volle Giltigkeit; Exceptionsmäßigkeit und doch keine condictio indebiti — das stellt eine Erscheinung dar, die im System der Ungiltigkeit hervorgehoben werden muß [1]).

---

1) Eine interessante Beobachtung, wonach das ältere römische Recht zwischen obligatio inutilis und obligatio nulla unterschied, sonach die „Verbindlichmachung" formell bestehen, die Verbindlichkeit jedoch ungiltig sein konnte s. bei Huschke, Gajus S. 75 ff. Wir verzichten darauf diese Erscheinung als weiteren Beleg des Textes zu verwenden.

Fassen wir nunmehr alles in diesem Abschnitt gesagte zusammen.

Bei Obligationen gibt es zwar Nichtigkeit, aber keine Anfechtbarkeit. Statt dessen finden wir hier den Begriff der Exceptionsmäßigkeit.

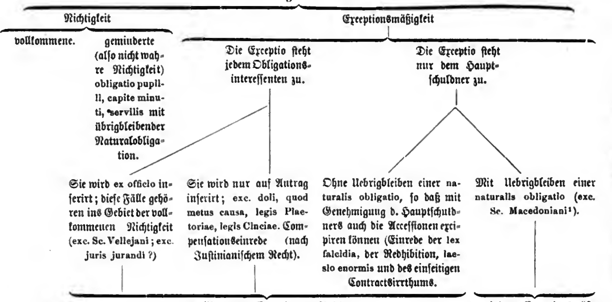
Die Exceptionsmäßigkeit hat heute eine andere Bedeutung als im römischen Recht. Dort bedeutete sie die formelle Nothwendigkeit einer Exceptio in der Formel und hatte darum einen weiten Umfang, indem auch solche Thatbestände formell als Exceptionen gefaßt werden mußten, welche eine amtswegige Ungiltigkeit (d. h. Nichtigkeit) der Forderung herbeiführten, wo denn die Exceptio vom Prätor ex officio inserirt wurde.

Heute ist in diesen letzteren Fällen eine Nichtigkeit zu statuiren. Von Exceptionen sprechen wir nur da, wo ein Ungiltigkeitsgrund blos auf Antrag einer Partei berücksichtigt wird. Darin und nur darin liegt heute das Wesen der Exceptio; sie ist dispositive Ungiltigkeit.

Insofern stehn den römischen Exceptionen, die aus dem prätorischen Recht entsprangen, heut alle dispositiven Einreden gleich, wenn sie auch im römischen Formularprozeß ipso iure zur Wirkung gelangten. Der Begriff der Exceptio hat sich also nach dieser Richtung hin erweitert.

Endlich wird der Gegensatz von Nichtigkeit und exceptionsmäßiger Ungiltigkeit durchschnitten von jenem der totalen Ungiltigkeit und der Ungiltigkeit mit übrigbleibender naturalis obligatio. In letzteren Fällen liegt eine intensiv abgeschwächte Ungiltigkeit vor, welche jedoch nicht auf die bekannte Kategorie der theilweisen Ungiltigkeit zurückgeführt werden darf.

Das Ungiltigkeitssystem der Obligationen wird versinnlicht durch nachstehende Tabelle, welche gleichzeitig den Unterschied von der Tabelle des allgemeinen Ungiltigkeitssystems deutlich zeigen wird.



1) Daß die sogenannte Naturalobligation aus dem der lex Falcidia widerstreitenden Legat zu einem Substrat der Verbürgung dienen könne, so daß diese Fälle unter obige Rubrik zu stellen wären ist nicht zu beweisen.

Inhalt.

Die Herren Mitarbeiter erhalten für ihre Beiträge ein Honorar von 40 Mark und außerdem werden ihnen 12 Sonderabdrücke unentgeltlich geliefert, eine größere Anzahl gegen Erstattung der Herstellungskosten.

Manuscriptsendungen sind nach Göttingen an die Adresse eines der Herausgeber zu richten.

Der Redaction der **„Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts"** werden nicht selten Prüfungsarbeiten aus dem Referendarexamen und Doctordissertationen zur Aufnahme in die „Jahrbücher" zugesandt. Sie sieht sich zu der Erklärung genöthigt, daß sie derartige Erstlingsarbeiten ungelesen an ihre Verfasser zurückgehen lassen wird.

Die Redaction.

Hiermit wollen wir unsere Ausführungen beschließen. Ein weiteres Eingehen auf die theilweise recht scholastischen Kategorien, welche auf unserem Gebiete aufgestellt worden sind, dürfte kaum ein der Mühe entsprechendes Resultat ergeben. Von einigen derselben kann aber schon jetzt behauptet werden, daß sie bei einer richtigen Fassung des Ungiltigkeitssystems völlig überflüssig erscheinen. So die Eintheilung in einseitige — allseitige, bedingte — unbedingte, heilbare — unheilbare Ungiltigkeit. Auf dem Gebiete der dinglichen, erbrechtlichen u. a. Geschäfte fallen diese Kategorien mit dem richtig verstandenen Gegensatz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zusammen. Jede wahre Nichtigkeit ist allseitig, unbedingt und (wenigstens durch Privatwillen) unheilbar. Solange man freilich die relative Nichtigkeit als wahre Nullität ansieht, trifft dieser Satz nicht zu und muß man auch bedingte, heilbare, einseitige Nichtigkeit statuiren. Dadurch wird unsere Lehre unnöthig complicirt.

Auf dem Gebiet der obligatorischen Geschäfte lassen sich wiederum jene Kategorien sehr einfach zurückführen auf den Gegensatz der absoluten Nichtigkeit und der einseitigen oder allseitigen Einredemäßigkeit.

Die Berechtigung der Unterscheidung von ursprünglicher und nachfolgender, gänzlicher und theilweiser Ungiltigkeit kann allerdings nicht in Abrede gestellt werden. Hinwiederum sind die häufig platzgreifenden Ausführungen darüber, welche Thatumstände Nichtigkeit, welche blos Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts mit sich führen, nur als Exemplificationen von Bedeutung, da sich allgemeine Grundsätze in dieser Richtung nur in sehr geringem Umfang geben lassen.

IV.

Ueber den Willen im Privatrecht.

Beiträge.

Von Professor J. Kohler an der Universität Berlin.

I.

Simulationsehe.

In diesen Jahrbüchern XVI S. 126 f. habe ich ausgeführt, daß bei unserer Art der Eheschließung eine Simulationsehe nicht möglich ist; sie ist ebensowenig möglich, als ein simulirter Proceß [1]): denn die Rechtsakte gehen nicht unter den Parteien allein, sondern zwischen den Parteien und dem öffentlichen Beamten vor; der öffentliche Beamte ist zwar kein Theilnehmer, mit welchem, aber er ist eine Controlperson, vor welcher und unter deren Assistenz die Ehe abgeschlossen wird. Eine wirksame Simulation würde daher nur dann stattfinden, wenn er in die Simulation mit hineingezogen worden ist. Noch mehr; da der Akt öffentlich ist, so müßte die Simulation dem Publicum gegenüber geäußert werden, denn auch das Publicum ist Zeuge des Aktes; es wird beigezogen, damit über dessen Rechtsnatur kein Zweifel sein kann.

Doch bevor wir in der theoretischen Darstellung weiterfahren, wollen wir zeigen, zu welchen seltsamen Consequenzen eine entgegengesetzte Auffassung führen würde. Ich denke

1) Vgl. auch meine Schrift: Proceß als Rechtsverhältniß S. 93 f.

zunächst an einen Fall, ähnlich demjenigen, wie ich ihn in meinen Rechtsfällen zum Studium des franz. Civilrechts I S. 15 f. gegeben habe. Man nehme an: zwei junge Leute werden von den Eltern zur Ehe gedrängt, aber die Zuneigung fehlt. Beide kommen überein, eine Scheinehe abschließen zu wollen. Sie lassen, um für alle Zeit gewaffnet zu sein, eine notarielle Urkunde errichten, wornach die Ehe nur zum Schein abgeschlossen werde; und eine Ausfertigung dieser Urkunde am Busen, treten sie vor den Standesbeamten. Vielleicht, um die Fortdauer der Simulation zu constatiren, ziehen sie einen Mittelsmann — oder eine Mittelsfrau ins Vertrauen, und im Momente des Jawortes deutet ein unmißverständliches Augenzwinkern der beiden Brautleute dieser Gehülfin an, was sie denken und wollen. Das ganze Publicum hat davon keine Ahnung, der Standesbeamte am wenigsten. Das Ehepaar wird beglückwünscht, die beiderseitigen Eltern sind voller Glückes, das Fest ist bereit, das junge Ehepaar wird gefeiert, der Wagen wartet; mit gefüllter Brieftasche ziehen sie ab; sie fahren zusammen etwa bis zur Grenze, wo es dann beiden des Anstandes halber beliebt, getrennte Eisenbahnwagen zu nehmen: der vermeintliche Ehemann verläßt die erste Klasse und nimmt mit der zweiten verlieb; beide kommen in Nizza an. Von hier aus wird sofort an einen Anwalt in der Heimath geschrieben, die Simulationsurkunde eingesandt, die Nichtigkeit der Ehe soll constatirt werden. Die im Hochzeitsjubel versammelten Gäste erfahren zu ihrem Entsetzen durch Telegramm, daß beide Theile gar nicht verheirathet sind, der Standesbeamte erfährt, daß man mit ihm ein Scheinwesen gespielt hat. Das Publicum ist verblüfft, daß man sich nicht einmal mehr auf die Publicität der Ehe berufen kann. Ich frage: sind dies Zustände, wie sie die Rechtsordnung gestatten kann?

Noch viel seltsamere Consequenzen bietet ein zweiter Fall.

A und B wollen im Concubinat leben, sie wollen aber diesem Concubinat den Schein der Ehe geben. Sie errichten eine Simulationsurkunde mit sicherem Datum. Vor aller Welt gelten sie als Mann und Frau; die gebildete Gesellschaft, welche sich vor dem Concubinat entsetzen würde, hat keinen Anstand, beide als Mann und Frau anzunehmen; die Polizei kennt das Zusammenleben, und während sie rechts und links gegen Concubinate vorgeht, läßt sie das vermeintliche Ehepaar unbeanstandet im feinsten Stadttheile wohnen — haben sie doch ihren Eheschein; bis endlich einmal der eine Theil, des anderen überdrüssig, sich nach anderer Verbindung sehnt. Jetzt kommt die Sache zu Tage; was alle Welt als Ehe erkannte, das würde sich nun als Nichtehe entschleiern, allerdings verbunden mit jenem Scheinwesen, — mit einem Scheinwesen, welches das hohe und geheiligte Institut der Ehe mißbrauchte. Wäre solches zulässig: unzählige Concubinate würden sich in den Schein der Ehe hüllen, und der Zweck der publiken Eheschließung, daß alle Hinterhalte und Umschweife fallen, daß alles Dunkel, welches über dem Verhältnisse von Mann und Frau schweben kann, zerstört wird: daß fest und sicher erkannt werden kann, wer Mann und Frau ist, wer nicht, wäre verfehlt; alle Mißlichkeiten und Zweifel, welche sich um die private oder heimliche Eheschließung lagerten, sollten ja verschwinden: die bekämpfte Ansicht würde daher dem Zweck und der Tendenz unseres Institutes schnurstracks widersprechen.

Was nun aber die juristische Construction betrifft, so erklärt sich die Sache sehr einfach. Wir sagen: eine jede vor dem Standesbeamten abgegebene Eheerklärung ist wirksam, mag nun auch von Seiten beider Theile eine dieser Erklärung widersprechende Gegenabsicht bestehen, und mögen die Brautleute auch diese Gegenabsicht sich gegenüber ausgesprochen und durch irgend einen Akt fixirt haben. Der Grund ist der: eine

solche Gegenabsicht, auch wenn erklärt, ist nicht Simulation, sondern Mentalreservation. Und hiermit muß ich auf den vielverkannten Unterschied zwischen diesen beiden Dingen zurückkommen.

Die Simulation bietet das Schauspiel, daß die Parteien eine Erklärung und Gegenerklärung abgeben, daß sie es thun innerhalb des Rechtsgeschäftes, so daß innerhalb des Rechtsgeschäftes beides sich gegenseitig neutralisirt. So, wenn sie das Rechtsgeschäft in zwei Urkunden zusammenfassen, von welchen die erste die Erklärung, die zweite die Gegenerklärung enthält; oder wenn sie etwa die Erklärung in die Urkunde setzen, die Gegenerklärung aber sich mündlich oder auch nur stillschweigend geben. Hier ist die Sache nicht so gemeint, als ob zwei Geschäfte vorlägen, die einander gegenseitig aufheben [1]), sondern im Moment der Erklärung ist auch bereits die Gegenerklärung da (wenn sie auch erst nachträglich schriftlich fixirt wird), die Erklärung wird sofort durch die Gegenerklärung neutralisirt, das Geschäft als Ganzes führt auf eine Nullwirkung: denn das Geschäft führt zu dem dynamischen Resultat, welches aus der Gesammtheit der Erklärungen hervorgeht; und wie eine Erklärung keine Wirksamkeit hat, wenn sie innerhalb des Geschäfts selbst und vor seinem Abschlusse in Folge einer Willensänderung noch zurückgenommen wird, so ist eine Erklärung wirkungslos, wenn in vorbedachter und vorbeabsichtigter Weise Erklärung und Gegenerklärung zugleich abgegeben und dann in verschiedenen Urkunden fixirt werden. Man merke daher wohl. Wir sagen nicht: das simulirte Geschäft besteht aus zwei Geschäften, einem ernstlichen Geschäft und einem aufhebenden Geschäft; vielmehr ist das simulirte Geschäft nur ein Geschäft, aber ein Geschäft mit zwei einander neutrali-

1) Ueber den Unterschied zwischen der Aufhebung des einen Rechtsgeschäfts durch ein anderes und der Selbstaufhebung des Willens im Rechtsgeschäfte vergleiche meine Abhandl. in Grünhut's Zeitschr. VII S. 716 f.

sirenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen. Dagegen ist dasselbe nicht etwa bloßer Seifenschaum, nicht etwa bloße Form, nicht bloße Hülse in dem Sinne, daß es an jeder rechtsgeschäftlichen Erklärung fehlen würde, daß die Erklärung in der That gar nicht bestünde; vielmehr besteht eine Erklärung, aber eine Erklärung, welche wegen ihres sich selbst neutralisirenden Inhaltes regelmäßig keine Rechtsfolgen erzeugt. Das simulirte Geschäft ist kein Nichtgeschäft, sondern ein Geschäft mit einem ergebnißlosen Inhalt — etwa wie das Geschäft, welches auf etwas Unmögliches oder Nichtiges geht. Wer ein simulirtes Geschäft abgeschlossen hat, der hat jedenfalls ein Geschäft abgeschlossen — wenn auch ein Geschäft ohne juristisches Ergebniß. Wo immer es daher rechtlich in Betracht kommt, ob ein unwirksames Rechtsgeschäft oder ein Nichtgeschäft vorliegt, gehört das simulirte Geschäft zu den ersteren. Daher ist es sehr leicht möglich, daß ein und dasselbe Geschäft unter den einen Parteien ein simulirtes, unter den anderen ein wirksames Geschäft ist, wie dies noch unten auszuführen sein wird. Auch kann das simulirte Geschäft als solches immerhin einige Rechtsfolgen haben zu Gunsten gutgläubiger Dritter.

Das Schlimme bei simulirten Geschäften ist es, daß die Parteien ihre beiden, obgleich zusammen abgegebenen Erklärungen urkundlich auseinanderzureißen, daß sie die eine in die Urkunde aufzunehmen, die andere für sich zu behalten oder in einem Nebenbriefe zu fixiren pflegen[1]). Daß dies für den Verkehr im höchsten Grade verderblich sein kann, habe ich Jahrb. XVI S. 127 gezeigt. Dort habe ich auch ausgeführt, wie die Rechtsordnung für solche Fälle abhelfen soll[2]); das

---

1) Vgl. auch Plinius Epist. V 1 § 3: non convenire moribus meis aliud palam aliud agere secreto.

2) Gerade in dieser Beziehung ist es unrichtig, das simulirte Geschäft als nicht vorhanden zu betrachten, so daß hier etwa Rechtsfolgen ohne

französische Recht [1]) hat sich schon längst mit richtigem Takte geholfen durch den berühmten a. 1321 [2]), dessen wahre theoretische Bedeutung allerdings vielen Commentatoren des C. civ. entgangen ist, insbesondere auch dem viel zu sehr überschätzten Zachariä [3]).

Das Wesen der Mentalreservation dagegen besteht darin, daß eine Partei eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt, aber dabei in ihren Gedanken das Gegentheil statuirt; daß sie jedoch diesen gegentheiligen Gedanken entweder gar nicht ausspricht oder ihn wenigstens nicht innerhalb des Rechtsgeschäfts, sondern außerhalb desselben zum Ausdrucke bringt. Die Frage aber, was zum Rechtsgeschäfte gehört und was außerhalb desselben liegt, ist völlig sicher zu beantworten. Jeder Richter muß sie beantworten, wenn er die Rechtsgeschäftsfolgen ermitteln will [4]).

Der Unterschied gegenüber der Simulation ist hiernach sehr sicher und einfach festzusetzen: bei der Simulation stehen

---

Rechtsgeschäft, ohne Rechtsakt eintreten würden. Durch solche unrichtige Ansichten bekommt die ganze Lehre eine unrichtige Färbung.

1) Vgl. jetzt auch Hartmann in diesen Jahrb. XX S. 5 f.

2) Bereits die Coutume von Paris a. 258 besagt: Toutes contre-lettres faites à part, et hors la présence des parens qui ont assisté aux contrats des mariages, sont nulles. Vgl. auch Coutume de Normandie a 388.

3) In den Jahrb. XVI S. 132 habe ich erklärt, daß die Simulation gegen den gutgläubigen Dritten nicht wirke, daß sich aber dieser Dritte zu seinen Gunsten auf die Simulation berufen dürfe. Regelsberger, Arch. f. civ. Prax. 63 S. 185 glaubt, dies sei ein Widerspruch mit meinem Princip. Inwiefern? frage ich. Wenn ich (S. 134 f.) dem gutgläubigen Erwerber eine exceptio doli gebe, — ist es hiermit unverträglich, wenn ich ihm die Wahl gebe, diese exceptio doli geltend zu machen oder nicht? Im Gegentheil, dieses Wahlrecht ist mit dem Exceptionsrecht zugleich gegeben.

4) Damit erledigt sich das Bedenken von Regelsberger in Endemann's Handb. d. Handelsr. II S. 402 Note 8.

sich Erklärung und Gegenerklärung, bei der Mentalreservation das ausgesprochene und das (im Rechtsgeschäft) unausgesprochen gebliebene Wort einander entgegen: der ganze Gedanke der Sprechenden ist ein Nicht-a, der Sprechende aber spricht das a aus und behält das Nicht bei sich — mit andern Worten: seine Erklärung besteht bloß in einem a und der Erklärende will, daß sie bloß in einem a bestehe; woraus sich von selbst ergibt, daß der Erklärende aus seiner Erklärung verhaftet ist, denn die Erklärung wird so geäußert, mit dem Sinn und mit der Bedeutung geäußert, wie er sie äußern will; und derjenige, welcher eine Erklärung von bestimmtem Sinn und bestimmter Bedeutung absichtlich emittirt, der emittirt damit von selbst das in dieser Erklärung enthaltene Rechtsgeschäft. Damit ergibt sich die Unwirksamkeit der Mentalreservation von selbst; und daher ist es auch doppelt richtig, wenn ich in diesen Jahrb. XVI S. 94 ausgeführt habe, daß die Berufung auf Mentalreservation einen inneren Widerspruch enthält; denn wer die das Rechtsgeschäft enthaltende Erklärung will, kann nicht sagen, daß er das Rechtsgeschäft nicht gewollt hat: nur der Wille, welchen der Contrahent erklären will, kommt in Betracht, und dieser Wille ist auf eine das Rechtsgeschäft enthaltende Erklärung gerichtet. Völlig unrichtig sind alle Einwendungen, welche man dagegen gemacht hat. Allerdings kann ein Verbrecher den Streich wollen, ohne den Tod des Opfers zu wollen — allein der Erklärende will ja nicht bloß die Worte und den Laut der Worte, er will eine dem Sinn der Worte entsprechende Erklärung geben, und das ist eben zum Rechtsgeschäft ebenso genügend, wie es zum Delikte der der Injuriirung genügt, daß Jemand eine beleidigende Erklärung geben will. Und wenn man noch ausgesprochen hat, daß die Behauptung der logischen Unmöglichkeit angesichts des thatsächlichen Vorkommens der Mentalreservation seltsam genug

klinge [1]), so handelt es sich ja bei der Mentalreservation [2]) nicht um die Unlogik des Geschehens, also nicht um eine realdialektische Unlogik, sondern um eine Unlogik in der Behauptung desjenigen Contrahenten, welcher sich auf die Mentalreservation beruft; ein unlogisches Behaupten aber kommt alltäglich vor — leider, denn sonst wäre die Menschheit von vielen Irrthümern verschont geblieben.

Hiergegen könnte man nur aufkommen auf Grund der Auffassung, daß nicht bloß die Erklärung und der Sinn der Erklärung, sondern die Rechtsfolgen gewollt sein müßten, damit das Rechtsgeschäft zu Stande kommt. Gegen diese Ansicht werde ich mich noch im Folgenden zu wenden haben. Schon jetzt ist hervorzuheben, daß der Charakter der Mentalreservation durchaus nicht darin besteht, daß Jemand die Erklärung will ohne die Rechtsfolgen, sondern er besteht darin, daß Jemand die Erklärung will, dabei aber stillschweigend das Gegentheil will, daß der offene und der verschwiegene Wille zwiespältig sind, daß ein zweizüngiges Wollen nach außen und nach innen spricht. Darum finden wir die Lehre von der Mentalreservation nicht nur auf dem Gebiete des Rechts; die Frage der Mentalreservation und ihrer Bedeutung findet sich überall, wo eine Erklärung in Frage steht, sie findet sich namentlich auch in der Theologie; die Intentionslehre war unter den Theologen eine wichtige und vielbesprochene Lehre [3]). Allerdings möchte bei der Mentalreservation der Erklärende auch die Rechtsfolgen nicht, aber deßwegen nicht, weil seine zweizüngige

1) Zitelmann in diesen Jahrb. XVI S. 401.

2) Vgl. auch Krit. Vierteljahresschrift N. F. II S. 494 f.

3) Vgl. beispielsweise Thomas von Aquin, Summa theol. P. III qu. 64 a. 10, Benedict. XIV de syn. dioeces. VII c. 4 (Ed. 1769 I p. 255 f.); Nitzsch, Eine protestantische Beantwortung der Symbolik Dr. Möhler's S. 154 f.

interne Aktion gegen die Erklärung selbst gerichtet ist; das Nichtwollen der Rechtsfolgen ist doch nur die Consequenz dessen, daß der Erklärende in sein Inneres hinein eine nicht geäußerte Gegenerklärung murmelt.

Die Mentalreservation bleibt Mentalreservation, auch wenn der widerstreitende Gedanke ausgesprochen wird — vorausgesetzt, daß er nicht rechtsgeschäftlich erklärt wird, d. h. daß er nicht in einer solchen Weise an die Außenwelt gerückt wird, daß er sich als begleitendes Element der in der Rechtsgeschäftserklärung enthaltenen Willensthat charakterisirt. Daher liegt naturgemäß Mentalreservation und lediglich Mentalreservation vor, wenn Jemand mit dem A einen Contract schließt und dem B seinen entgegengesetzten Gedanken äußert: der B hat mit den Geschäften nichts zu thun, und es ist daher ebenso, als wie wenn der Contrahent seinen Mentalwillen in sein Tagebuch geschrieben hätte: die Aeußerung hat nur den Charakter der Mittheilung, nicht den Charakter der Erklärung, der rechtsgeschäftlichen That. Ganz anders, wenn der Gedanke dem A gegenüber geäußert wird, sei es gleichzeitig, sei es auch vor dem Contract: denn selbstverständlich beziehen sich beide Contrahenten bei ihrem Contract auf die gepflogene Abrede zurück, und es liegt daher neben der ausdrücklichen Aeußerung eine, von den Parteien nicht weniger verstandene, zweite gegentheilige Aeußerung vor, eine Aeußerung dahin, daß das Geschäft nicht gelten soll; beide Aeußerungen haben gleichen rechtsgeschäftlichen Charakter und sind daher in gleicher Weise für das Rechtsgeschäft bestimmend; daher handelt es sich in solchem Falle nicht um rechtsgeschäftliche Erklärung und um internen Gegenwillen, sondern um eine positive ausdrückliche und um eine negative stillschweigende Erklärung, welche beide Erklärungen sich selbstverständlich ebenso neutralisiren, als wenn in einem und demselben Akte gesagt wäre, daß das Voraus-

gesagte nicht gelten solle. Mithin liegt hier Simulation vor, keine reservatio mentalis.

Daß übrigens auch bei einseitigen Rechtsgeschäften zwischen Simulation und Mentalreservation unterschieden werden muß, darüber kann kein Zweifel sein[1]). Oder sollte beides nicht streng zu scheiden sein bei der Pollicitation, bei der Stiftung? Ist es nicht etwas total anderes, wenn ich gegenüber dem Minister, dem ich ein Stiftungsschreiben zusende, in einem gleichzeitigen zweiten Schreiben erkläre, daß dieses Stiftungsschreiben nicht ernst gemeint sei — als wenn ich das Stiftungsschreiben abgehen lasse und zugleich einem Bekannten vertraulich mittheile, daß ich einen Stiftungsbrief abgesandt habe, ohne die Stiftung zu wollen? Und so bei der Creation, bei der Wechselerklärung. Auch hier ist ein großer Unterschied, ob ich den Wechsel unterschreibe und einem Dritten meinen Gegenwillen äußere, oder ob ich meinen Gegenwillen dem Trassaten und Remittenten kundgebe. Allerdings ergibt sich aus der Natur der Wechselerklärung noch etwas Besonderes: die Wechselerklärung ist eine Creationserklärung, nicht nur zu Gunsten einer bestimmten Person, sondern zu Gunsten unbestimmt vieler Personen, soweit sich nämlich solche Personen aus den künftigen Indossamenten ergeben; der Creationsakt enthält daher in der That eine Menge von Creationsaktionen, er erzeugt aus sich so viele Aktionen, als Personen mit dem Wechsel in Beziehung treten. Bei dieser Art des Creationsaktes ist es nun sofort ersichtlich, daß gegenüber einer jeden dieser Personen eine Gegenerklärung abgegeben werden kann, welche die Wechselzeichnung zur unwirksamen Simulationserklärung machte, daß aber auch nur diejenige Creationserklärung simulant wird, welche durch eine Gegenerklärung neutralisirt wird: diejenigen Personen, welchen

1) Unrichtig Regelsberger in Endemann's Handb. II S. 402.

gegenüber Erklärung und Gegenerklärung geäußert ist, stehen mit dem Wechselzeichner in einem Simulationsgeschäft; was aber diejenigen Indossatare betrifft, welche keine Gegenerklärung erhalten haben, so stehen diese mit dem Wechselzeichner in einem vollkommen gültigen, durch keine Gegenerklärung neutralisirten Wechselgeschäft — die Gegenerklärung, die anderen Personen gegenüber geäußert ist, ist nicht in dem sie allein betreffenden Geschäft geäußert, sie hat daher für sie lediglich den Charakter einer Mentalreservation — ebenso wie solches ja auch bei einem Vertrage mit mehreren Contrahenten stattfinden kann [1]).

Aehnlich verhält es sich bei der Vollmacht; mindestens bei der Vollmacht bezüglich obligatorischer und liberatorischer Geschäfte [2]). Die Vollmacht ist ein Creationsakt — allerdings kein obligationsrechtlicher, sondern ein individualrechtlicher Creationsakt; sie ist ein Creationsakt gegenüber einer ungemessenen Zahl von Personen; daher auch hier die Möglichkeit, daß diese Erklärung den einen Personen gegenüber durch eine Gegenerklärung neutralisirt sein kann, den andern gegenüber nicht; weil die Gegenerklärung nur dem einen gegenüber geäußert ist, für den anderen daher nicht den Charakter der rechts-

1) Unrichtig Regelsberger, Arch. f. civ. Prax. Bd. 63 S. 184 f. Es ist eben nicht richtig, die Wechselerklärung als ein ledigliches Geschäft zwischen zwei Personen aufzufassen, so daß dritte Personen sich das Geschäft so gefallen lassen müßten, wie es unter diesen beiden Personen abgeschlossen worden ist. Auf die Wechselerklärung bezieht sich daher nicht die von Regelsberger cit. S. 128 meines Aufsatzes (Jahrb. XVI), sondern die Ausführung S. 114 f. Bei Wechselerklärungen handelt es sich nicht um simulirte Geschäfte, welche als solche einige Rechtswirkung haben sondern um eine Combination von Geschäften, von welchen das eine simulirt ist, das andere nicht.

2) Daß bei der Vollmacht in Bezug auf dingliche Geschäfte nach röm. Recht besondere Gesichtspunkte obwalten, darüber vergleiche meine Abhandl. im Arch. f. civ. Praxis Bd. 69 S. 180 f. und im Archiv. f. bürgerl. Recht I, S. 291 f.

geschäftlichen Erklärung, sondern nur den Charakter einer unerheblichen Privatmittheilung hat; einer für ihn unerheblichen Privatmittheilung, da sie an einen Dritten gerichtet ist und daher ihn nichts angeht. Man vergl. meine Abhandl. in diesen Jahrb. XVI S. 114 f., 118 f.

Eine besondere Stellung nimmt das Testament ein: das Testament ist nicht ein Geschäft mit bestimmten oder unbestimmten Dritten; es ist[1]) ein aufbauender Creationsakt, welchen der Testator nicht gegenüber Dritten, sondern gegenüber seinem eigenen Vermögen vornimmt. Wenn bei dem Testament die Mitwirkung Dritter erfordert wird, so hat die Mitwirkung nicht die Bedeutung, daß das Geschäft mit diesem Dritten eingegangen wird: die Dritten sind nur da zur urkundlichen Bestätigung des von dem Testator Gespochenen. Der familiae emtor des Mancipationstestamentes ist eben zum bloßen Figuranten herabgesunken; und in dem olographen Testament des französischen und österreichischen Rechts hat der Gedanke des Testamentes als einer unpersönlichen Erklärung, als eines wirksamen Monologes des Testators, den höchsten Grad erreicht. Daraus ergibt sich, daß gegenüber dem Testamente ein jeder, wenn auch nur interner Wille des Testators zur juristischen Geltung kommt; will der Testator das Testament nicht, und macht er etwa diesen Willen in seinem Tagebuch kund, so ist das Testament nichtig. Damit erklärt sich denn auch eine berühmte Stelle, mit welcher man sich in der einen oder anderen Weise abzufinden pflegt, nämlich das fr. 4 § 10 de doli mali except.: si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere; et ideo heres, qui non habet voluntatem, per ex-

---

1) In seiner schließlichen Entwicklung; denn es hat sich aus dem Erbvertrag entwickelt.

ceptionem doli repellitur. Diese Stelle wird sich schwerlich auf den Widerruf beziehen, denn für den Widerruf der heredis institutio gelten sehr restrictive Grundsätze [1]); wohl aber bezieht sie sich auf den Fall, daß aus irgend einer Aeußerung des Testators nachgewiesen werden kann, daß bereits der Testirakt nur zum Scheine, nicht mit der voluntas testandi erfolgt ist. Dies paßt auch am besten zu dem Ausdrucke: heres non habet voluntatem [2]), obgleich derselbe allerdings auch für den Fall des Widerrufes nicht unerhört ist [3]).

Doch kehren wir zur Eheschließung zurück. Handelt es sich um eine Privatehe, so ist jede Simulationsäußerung, welche man dem Gegentheil gegenüber macht, eine rechtsgeschäftliche: ist sie auch vor der Eheschließung gemacht worden, so hat sie doch Bedeutung kraft der stillschweigenden Bezugnahme der Ehegatten bei Erklärung des Consenses: die ausdrückliche Erklärung des Consenses und die stillschweigende Gegenerklärung neutralisiren sich, sie neutralisiren sich, wie wenn beide in derselben Aeußerungsform gemacht worden wären. So ist es bei der römischen Ehe, wie sie sich aus dem Frauenkauf herausgebildet hatte, bei der Ehe, wo der Satz galt: consensus facit nuptias, wo alles, was an Eheförmlichkeiten geübt wurde, insbesondere auch die Heimführung, rechtlich nur als Aeußerung des gegenseitigen Eheconsenses in Betracht kam [4]). Daher ist es sehr richtig, wenn der römische Jurist sagt: Simulatae nuptiae nullius momenti sunt, fr. 30 de ritu nupt. (Gajus lib. II ad leg. Jul. et Pap.) — es ist insbesondere

1) Vgl. § 7 (6) J. quib. mod. test. inf., fr. 27 § 1 de cond. inst., fr. 36 § 3 de test. mil., fr. 22 de adim. leg.

2) Vgl. auch fr. 243 de verb. sign.

3) Vgl. fr. 1 § 8 si tab. test. null.

4) Vgl. neuerdings vortrefflich Sehling, Die Unterscheidung der Verlöbnisse im kanonischen Recht S. 6 f.

sehr richtig für das Verhältniß, für welches der Satz ausgesprochen wurde: für das Verhältniß zu der Julisch-Papischen Gesetzgebung und der Bestrafung der Ehelosigkeit. Dagegen hat der Satz keinen Bezug auf unsere staatliche Ehe unter Mitwirkung des Standesbeamten.

Die Mitwirkung des Standesbeamten ist nicht etwa so, wie die Mitwirkung des Notars bei dem Notariatsakte; der Standesbeamte hat nicht bloß das von den Parteien Gesprochene zu beurkunden: der Standesbeamte hat die Parteien zu befragen und auf ihre Antwort hin auszusprechen, daß er sie nunmehr kraft des Gesetzes für rechtmäßig gebunden erkläre, § 52 des Standesgesetzes; die Eheschließung erfolgt durch die Frage des Standesbeamten, durch die bejahende Antwort der Verlobten und den hierauf erfolgenden Ausspruch des Standesbeamten. Mithin hat der Standesbeamte zu cognosciren, ob die Bejahung richtig erfolgt ist, und das Resultat dieser Cognoscirung durch seine Erklärung zum Ausdruck zu bringen; und er hat nicht etwa zu cognosciren, ob der Vertrag den Parteien vortheilhaft ist, er hat nicht etwa zu cognosciren, ob das, was die Parteien intendiren mögen, etwas inhaltlich zu Billigendes ist, sondern er hat zu cognosciren, ob eine Vertragsabschließung stattgefunden hat oder nicht; und er hat dies zu cognosciren, nicht etwa im Interesse der Parteien, sondern im Interesse des Publikums, damit darüber kein Zweifel bestehen kann, ob eine Ehe abgeschlossen worden ist oder nicht, und ob beide Theile als Ehegatten zu erachten sind oder nicht [1]). Und damit dies um so unzweifelhafter sei, wird der ganze Akt vor der Oeffentlichkeit vorgenommen.

Daraus geht hervor: da der Standesbeamte nicht etwa

1) Vgl. auch Hinschius, Commentar zum Reichsstandesgesetz S. 180; jetzt auch im Arch. f. civ. Prax. B. 74 S. 60 f.

bloß die Aeußerung der Ehegatten beurkunden, nicht etwa seine Zustimmung zu dem Inhalte des Vertrages abgeben soll, da es vielmehr Sache des Standesbeamten ist, für die Oeffentlichkeit, für das Publikum, für den Staat zu constatiren, daß eine Ehe abgeschlossen worden ist: so versteht es sich von selbst, daß nur eine solche Aeußerung der Parteien den eherechtsgeschäftlichen Charakter hat, welche vor dem Standesbeamten öffentlich vorgenommen worden ist: denn dieser hat das Dasein einer Eheerklärung der Parteien auf Grund seines Anhörens und seiner Perception zu constatiren; er hat auf Grund dieser Perception, er hat auf Grund dessen, was ihm auf seine Anfrage von den Brautleuten öffentlich erwidert worden ist, öffentlich zu constatiren — nicht etwa, daß er bestimmte Aeußerungen gehört hat, sondern daß ein Eheschließungsvertrag abgeschlossen worden ist. Daraus ergibt sich von selbst: Bei dem Eheschließungsvertrag gehören nur diejenigen Aeußerungen zum Vertrage, welche öffentlich vor dem Standesbeamten auf seine Frage hin gemacht worden sind; alles, was außerdem beredet worden ist, steht extra contractum: es steht extra contractum, was die Parteien unter sich beredet haben, es steht extra contractum, was die Parteien irgend einem Dritten mitgetheilt haben; es steht selbst dasjenige extra contractum, was die Parteien vorher dem Standesbeamten erklärt haben: es steht extra contractum, und eine stillschweigende Bezugnahme auf dasselbe kann nicht stattfinden, da eine solche Bezugnahme als Theil des Vertrages nur wirksam wäre, wenn sie in einer dem Publikum verständlichen Weise bei der Eheschließungserklärung zu Tage treten würde, wenn sie zu Tage treten würde in der Erklärung der Parteien und in der Erklärung des Standesbeamten. Mithin hat eine stillschweigende Beabredung derart nicht die Kraft, den Vertrag zu einem simulirten zu machen, sie hat

nur die Kraft — oder sagen wir besser, die Ohnmacht der Mentalreservation [1]).

Es trifft hier etwas Aehnliches zu, wie bei einem andern Geschäfte, wo gleichfalls die Staatsbehörde eine causae cognitio vornimmt und auf Grund einer causae cognitio eine sanctionirende Erklärung abgibt — allerdings bei einem Verhältnisse, welches von der Ehe weit abliegt; aber der Grund, auf welchen sich das Reichsgericht in seinem Urtheile v. 14. Febr. 1883 (Entsch. IX S. 36 f.) stützt, trifft in beiden Fällen zu — ich meine die Actienzeichnung. Auch hier müssen die gezeichneten Actien der Prüfung des Registerrichters unterstellt werden, und derselbe hat die Gesellschaft durch Registereintrag zu bestätigen, wenn er findet, daß alle Actien gezeichnet und auch die übrigen Voraussetzungen der Gesellschaftsgründung erfüllt sind. Dem gegenüber kann sich kein Actienzeichner, welcher es geduldet hat, daß seine Actienzeichnung mit zur Cognition des Registerrichters kommt, auf eine Gegenabsicht berufen, er kann sich auch nicht auf eine Gegenäußerung berufen, die er dem Gründungscomité gegenüber gemacht hat. Treffend bemerkt das Reichsgericht ib. S. 39: „In noch höherem Maße muß die ausschließliche Maßgeblichkeit der Erklärung gelten, wenn es sich um eine Beteiligungserklärung handelt, welche der Behörde abgegeben wird und an deren Prüfung durch die Behörde das Gesetz im rechtspolizeilichen Interesse bestimmte, das öffentliche Interesse berührende und nicht wieder zurückzunehmende Wirkungen knüpft. Die Behörde kann die Erklärung nur nach ihrem Inhalte prüfen, und die von ihr registrierte Gesellschaft kann nur mit dem aus der Summe der

1) Auch Rittner, Oesterreich. Eherecht S. 164 nimmt an, daß auf den Einwand der Simulation keine Rücksicht zu nehmen sei, wenn nicht unter den Theilnehmern die Handlung als Scheinhandlung feststeht. Verfehlt Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht S. 124.

Beteiligungen, wie sie erklärt sind, sich ergebenden Inhalte von Satzungen zur Existenz kommen. Sollte hier, nachdem die Gesellschaft zur Eintragung gelangt ist, der einzelne Beteiligte noch mit der Behauptung, daß er etwas anderes gewollt als erklärt habe, gehört werden, so liefe dies auf gänzliche Wirkungslosigkeit der Aufstellung von Normativbestimmungen für die Errichtung solcher Gesellschaften hinaus."

Alles dieses läßt sich mutatis mutandis auf unseren Fall anwenden: die Bestätigungserklärung des Standesbeamten würde nicht die erforderliche Garantie bieten, wenn es lediglich zweier von den Parteien einander ins Ohr geflüsterter Worte bedürfte, um ihre ganze Bedeutung über Bord zu werfen.

Hiernach ist es klar und sicher, daß die einzige rechtsgeschäftliche Erklärung aus den Aeußerungen vor dem Standesbeamten besteht, und zwar aus den verbalen dem Standesbeamten hörbaren Aeußerungen — diese Aeußerungen werden herausgehoben aus dem Complexe alles dessen, was vorher gesprochen worden ist — diese Aeußerungen sollen in keiner Weise durch irgend welche andere Vorgänge in Frage gestellt werden; keine Zweifel sollen auftauchen aus früheren Verabredungen. Und solche Zweifel wären oft der heikelsten Art; wäre eine Gegenabrede, eine s. g. Simulationsabrede gültig, so könnte in Frage kommen, ob diese Abrede nicht etwa nachträglich widerrufen ist, ob nicht nachträglich die Parteien sich doch zur wirklichen Ehe verstanden haben, ob etwaige Bedingungen, welche sie an einen solchen Simulationsakt geknüpft haben, erfüllt sind. Möglicherweise hätten ja die Parteien eine solche Simulation nur verabredet für einen bestimmten Fall, unter der Bedingung, daß nicht vor oder nach der Eheschließung sich ein Umstand aufklärt: soll hier die Ehe an den Eintritt der Bedingung gebunden sein? Gewiß würde alles dieses das Eheinstitut von Grund aus beunruhigen und die Garantie, welche die öffentliche Form

bietet, in Frage stellen [1]). Und daß nicht schon vielfach solche Versuche gemacht wurden, erklärt sich daraus, daß das Publikum durchaus nicht daran denkt, daß derartige contrelettres irgend wirksam sein könnten. Wäre diese Ueberzeugung erschüttert, würde das Publikum an die Wirksamkeit solcher contrelettres glauben, so würde dieses zu ganz unhaltbaren Zuständen führen. Alle Zweifel früherer Zeiten, welche durch die öffentliche Form begütigt werden sollen, würde wieder auftauchen — und nicht etwa die Zweifel dritter Personen, sondern auch die Zweifel unter den Ehegatten selber. Man würde Simulationsurkunden mit allen möglichen Clauseln errichten, man würde Bedingungen in die Zukunft, wie Bedingungen in die Vergangenheit beifügen, man würde solche Simulationsverträge schließen, wieder aufheben und wieder schließen — alle diese complicirten dämmerhaften Verhältnisse würden wirksam bleiben, und das Wort des Standesbeamten vermöchte sie nicht zu beschwichtigen [2]).

Obiger Auffassung hatte sich auch Dernburg seiner Zeit angeschlossen, jedoch hat er in seinem vorzüglichen Pandektenwerke § 100 Note 7 (Zweite Auflage S. 229) eine bedeutende Restriction gemacht. Auch er nimmt an, daß eine solche

1) Denn daß unsere heutige bürgerliche Ehe nicht unter Bedingungen abgeschlossen werden kann, ist keine Frage. Vgl. auch Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht S. 92. Daher würde nach heutigem Recht eine unter den Ehegatten verabredete Bedingung von selbst wegfallen, sobald die legale Erklärung vor dem Standesbeamten abgegeben und der Standesbeamte seine Sanction gegeben hat.

2) Würde es sich um ein Vermögensgeschäft handeln, so könnte die vor dem Beamten und dem Publikum verschwiegene und nur unter den Parteien geäußerte Simulationsberedung allerdings den obligationsrechtlichen Effekt erzeugen, daß ein jeder Theil verpflichtet ist, auf Begehren des anderen den Erfolg des Geschäfts wieder rückgängig zu machen. Eine solche obligationsrechtliche Verpflichtung in Bezug auf die Ehe wäre aber natürlich unzulässig und könnte gar nicht erwachsen.

„Simulation“ Dritten nicht entgegengestellt werden könne; wenn dagegen der Scheinehemann trotz der Simulation Rechte als Ehemann geltend machen wolle, insbesondere Erbrechte, so würde ihm der Einwand der Simulation entgegenstehen. Ich halte diese Restriction nicht für begründet. Die auf solche Weise abgeschlossene Ehe ist keine Scheinehe, sondern eine wirkliche Ehe; eine Scheinehe, welche Dritten gegenüber als Ehe gelten würde, wäre meines Erachtens ein unhaltbares Institut. Dürfte ein solcher Ehemann ungeachtet der Scheinehe wieder heirathen und seine Ehefrau im Stiche lassen? Sind die Kinder ehelich oder nicht? Und wenn die Kinder ehelich sind, wird nicht auch der ganze Haushalt als ehelich zu gelten haben? Uebernimmt somit der Ehemann die Pflichten der Ehe, so wird man ihm auch die Rechte geben müssen. Und hat er ein Erbrecht gegenüber der Frau, so hat auch diese ein Erbrecht gegen ihn, sie hat auch ein Unterhaltsrecht während Lebzeiten. Es ließe sich allerdings die Frage aufwerfen, ob einem Erbanspruch keine exceptio doli entgegengehalten werden kann, und zwar aus dem Grunde, weil es unwürdig wäre, einen Erbanspruch geltend zu machen, wenn die Ehe in so unlauterer Weise eingegangen worden ist. Allein die Frage ist m. E. zu verneinen. Der unlautere Beginn der Ehe kann für die Erbrechte nicht entscheidend sein; die beiden Theile können sich im Verlaufe des Zusammenlebens gebessert haben und zu musterhaften Eheleuten geworden sein; auch gibt es noch andere sehr unlautere Eheschlüsse, bei welchen man das Erbrecht nicht versagt, und es wäre gewiß unangemessen, nach dem Tode des einen Ehegatten in solcher Weise an dem vielleicht längst verflossenen Zeitpunkt des Eheabschlusses zu rühren.

Dazu kommt nun aber ein weiteres. Wollte man eine solche Ehe nur als Scheinehe betrachten, wie nun, wenn die

Quasieheleute während des Zusammenlebens sich zu einander passend fühlten und die Scheinehe in eine wirkliche verwandeln wollten? Sollten sie etwa nochmals zum Standesbeamten? Ich glaube schwerlich, daß das Standesamt sie zu nochmaliger Eheschließung zulassen würde.

II.

Mentalreservation bei der Eheschließung.

Bis in die neueste Zeit wird behauptet, daß in einer Stelle des kanonischen Rechts, in c. 26 X de sponsal.[1]), die Mentalreservation als wirksam anerkannt werde; oder es wird mindestens behauptet, daß Innocenz III. eine wirklich vorhandene Mentalreservation nicht richtig gewürdigt habe. Das eine wie das andere aber ist bei einem Geiste wie dem des großen Papstes Innocenz III. völlig ausgeschlossen; in der That beruht die eine wie die andere Behauptung auf einem Mißverständniß des päpstlichen Decretale. Bekanntlich war zu Zeiten des Innocenz III. die Frage von den sponsalia de praesenti und de futuro in lebhaftem Flusse, und in einer Reihe von Stellen hat der große Papst selbst das Verhältniß behandelt, so insbesondere in c. 22 eod., in c. 6 X de cond. appos. (4, 5), c. 12 X qui filii sint legitimi (4, 17); vgl. auch c. 2 X de spons. und c. 14 X de restit. spol. (2, 13). Die sponsalia de praesenti bestehen in der Erklärung des sofortigen Ehewillens, und diese Erklärung kann nicht nur eine ausdrückliche sein, sondern sich auch aus concludenten Facten ergeben. In dieser Beziehung hat die copula carnalis eine besondere Bedeutung: sie kann den ehelichen Consens zum Ausdruck bringen, und dies insbesondere, wenn ein Verlöbniß, wenn eine desponsatio de futuro vorhergegangen ist, oder wenn einer Desponsation Bedingungen beigefügt wurden

1) Vom Jahre 1212.

und die copula vor eingetretener Bedingung stattfindet: in solchen Fällen spricht die Präsumtion dafür, daß die copula carnalis als Ausdruck des ehelichen Willens und des präsenten ehelichen Willens dienen soll, vgl. insbesondere c. 5 und 6 X de cond. app. (4, 5) und c. 12 X qui filii sint legit. (4, 17) — eine Präsumtion, welche später Gregor IX. zur praesumtio juris et de jure erhoben hat, c. 30 (cf. c. 32) X de spons. — so daß nunmehr die Ehe aus der copula ohne weiteres hervorging, sobald zuvor eine desponsatio de futuro stattgefunden hatte [1]).

Der Fall nun, welchen Innocenz III. in dem besprochenen Decretale behandelt, ist folgender: A will mit der B geschlechtlich verkehren, und die B läßt sich nicht darauf ein, bevor er sie desponsasset. Um diesem Begehren scheinbar zu entsprechen, sagt er ihr — ohne jede Feierlichkeit und ohne Zeugen — Folgendes: Johann desponsirt dich; darauf läßt sich die Frau zur Geschlechtsgemeinschaft herbei. Der Plan des A war schlau berechnet: da er nicht Johann hieß, so hielt er die auf den Namen Johann gestellte Desponsation für ungültig und glaubte so zum Ziele gelangt zu sein, zu welchem so mancher gelangen will: zu einer Liebe ohne Ehe. Dies weist der Papst zurück: die desponsatio ist gültig trotz des falschen Namens, denn der falsche Name hindert nicht, daß der Mann sich selbst damit bezeichnet hat, und da nun nach dieser desponsatio die copula carnalis eingetreten ist, so ist pro conjugio zu präsumiren. Offenbar nimmt der Papst an, daß die Desponsation, welche ja nicht ausdrücklich in praesens gestellt war [2]), eine desponsatio de futuro war, so daß also die Eheschließung nicht in den Desponsationsworten, sondern nur in der darauf-

1) Vgl. darüber treffend Sehling a. a. O. S. 133 f., 136.

2) Vgl. c. 25 de spons.: necessaria sunt, quantum ad ecclesiam, verba consensum exprimentia de praesenti (Innocenz III.).

folgenden copula carnalis liegen kann; daß sie darin liegt, wird allerdings präsumirt, aber der Nachweis des Gegentheils ist unter Innocenz III. noch statthaft.

Nun hieß es aber in der Anfrage, daß der Mann non haberet propositum contrahendi, sed copulam tantum exequendi carnalem, und der Papst gründete seine Entscheidung auf diese Thatsache, denn er mußte annehmen, daß der Anfragende, obgleich die Beweise dafür nicht vorlagen (qualiter tibi constiterit, non videmus), sich hierüber genau vergewissert hatte. Auf Grund dessen besagt er: in solchem Falle liegt in der copula carnalis keine Eheschließung, denn die Präsumtion, welche aus der copula carnalis entnommen werden kann, ist hierdurch widerlegt: die copula carnalis ist an sich noch keine Eheerklärung, sondern es kann lediglich aus ihr, mit Rücksicht auf die Umstände des Falles, eine Eheerklärung hervorgehen; mit anderen Worten, es handelt sich nicht um eine ausdrückliche, sondern um eine stillschweigende Willenserklärung, und die stillschweigende Willenserklärung ist aus dem ganzen Verhalten einer Person zu interpretiren. Darum erklärt der Papst, es liege in einem solchen Falle weder forma contrahendi conjugium vor — denn es fehlt an der desponsatio de praesenti [1]) — noch sei die substantia conjugalis contractus gegeben, da in der copula carnalis ein Ausdruck des Ehewillens nicht zu finden sei.

Daß mithin in der ganzen Stelle von einer Berücksichtigung der Mentalreservation keine Rede ist, versteht sich von selbst; und ebenso ergibt sich, daß der Papst nicht eine Mentalreservation übersehen hat, welche in der That vorlag.

Ein Punkt könnte uns allerdings dabei entgegentreten: ist denn in solchem Falle die Frage der stillschweigenden

1) Vgl. dazu c. 32 eod.: nec fuit verum matrimonium ex forma contractus.

Willenserklärung nach der internen Absicht des Einzelnen zu beurtheilen, und nicht vielmehr nach der Art, wie eine solche Handlungsweise nach Treu und Glauben verstanden werden muß? Und mußte nicht in solchem Falle das Weib annehmen, daß die **copula carnalis** den Eheschließungswillen kundgebe? Das Weib mochte solches allerdings annehmen; allein bei der stillschweigenden Willenserklärung kommt es darauf an, was nach allgemeiner Anschauung aus der Handlungsweise einer Person zu entnehmen ist, nicht, was ein bestimmter Anderer daraus entnimmt, insbesondere nicht, was eine unbedachtsame leichtsinnige Frauensperson daraus entnimmt, die sich mit einem Verführer sofort zur Ehe einlassen will, den sie nicht einmal dem Namen nach kennt und mit dem sie sofort von der clandestinen **desponsatio** zur Geschlechtsgemeinschaft eilt. Wer sich aber so beträgt, daß er ein Weib verführen will und nur, um den Widerstand des Weibes zu überwinden, sich mit ihr verlobt, und wer sich mit ihr heimlich und ohne Zeugen verlobt[1]), der bekundet in der darauffolgenden **copula carnalis** durchaus keinen sicheren Ehewillen: im Gegentheil zieht durch das ganze Gebahren dieselbe Verführungsabsicht hindurch, wie sie in den ersten Schritten des Mannes zu Tage trat. Daher kommt alles dasjenige, was gegen die Eheabsicht des Mannes spricht, zur vollen Geltung[2]): **ex altera parte dolus solummodo adfuit et defuit omnino consensus** — und die bis zur Leichtfertigkeit unbesonnene Frau kann sich ebensowenig beklagen, als etwa heutzutage ein Frauenzimmer, welches sich einreden ließe, daß es nur eines beiderseitigen Briefes an das

---

1) Ueber die Bestimmung der Päpste gegen die heimlichen Sponsalien vgl. Sehling S. 125.

2) Würde es sich um ein Vermögensgeschäft, um ein Geschäft über ein disponibles Rechtsgut handeln, dann wäre es anders. Vgl. später S. 221 f., 228 f., 230 f.

Standesamt bedürfte, auf daß sie mit einem Manne ehelich zusammenleben könnte, und auf daß ihr geschlechtliches Zusammenleben legalisirt wäre.

III.

Rechtsfolgewillen.

Die Theorie des Rechtsfolgewillens hat, obgleich sie im Abblühen begriffen ist, trotzdem in der neuern Zeit noch einige Vertheidiger gefunden. Dazu gehört insbesondere Windscheid in der neuesten Auflage seiner Pandekten I S. 187 f.[1]).

Derselbe macht geltend (S. 188): auch wenn nur der thatsächliche, wirthschaftliche Erfolg gewollt ist, so sei dieser doch eben für das Recht, als einer, der nach dem Recht bestehen soll, gewollt; „die zu diesem Zweck zu verwendenden Mittel werden dem Recht überlassen und sind insofern mit gewollt"[2]).

1) Vieles Treffende gegen die alte Theorie findet sich neuerdings bei Pininski, Thatbestand des Sachbesitzerwerbs II S. 296 f. Vgl. auch die bemerkenswerthe Schrift von Werthauer, Ueber den Einfluß des Irrthums auf Verträge S. 19 f. Wenn neuerdings Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin I S. 64 annimmt, ich würde, indem ich für den Vertrag das Wollen des Geisteseffektes als maßgebend erkläre, das Hauptgewicht auf den Nebenpunkt legen, so ist dies unrichtig. Für den Contrahenten speciell kann etwas anderes die Hauptsache sein; für das Recht aber ist es die Hauptsache, daß ich als Contrahent mich dem Gegner erkläre, daß ich in Communication mit dem Gegner trete. Die Rechtsordnung findet, daß eine solche Communication den Anlaß gibt, gewisse Rechtsfolgen zu setzen, weil durch eine solche Communication ein Vertrauen erregt wird, auf welches man im Verkehr bauen kann. Der Communicationswille ist der Wille, welcher aus der Einzelindividualität in das Getriebe des Verkehrs und damit in das Getriebe des Rechts einwirkt. Dieser Communicativwille ist für den Verkehr und für das Recht die Hauptsache; er ist entscheidend. Was übrigens das Verhältniß dieser Theorie zur Empfangstheorie bei dem Vertrag unter Abwesenden betrifft, so vergleiche man Archiv f. bürgerl. Recht I S. 293 f.

2) Viel richtiger Czyhlarz, Lehrb. der Institutionen S. 34: „Die Parteien können sich dieser von der Rechtsordnung zu ihrer Verfügung ge-

Dies ist aber eine unrichtige Folgerung. Ebensogut könnte man annehmen, daß der Eigenthümer eines Theaters, welcher den wirthschaftlichen Erfolg desselben durch den Theaterbetrieb will, auch zum Voraus alle Aufführungen will, welche sein Intendant veranstaltet — oder gar alle Gesten, mit welchen die Schauspieler auf das Publikum wirken. Die Construction eines solchen Blanketwillens per consequentiam beruht auf dem — im Gebiete des Strafrechts längst erkannten — Irrthum, als ob derjenige, welcher zu einem bestimmten Zwecke einen Causalismus anregt (hier handelt es sich um den Causalismus des Rechts), auch alle Folgen dieses Causalismus wollte — etwa wer eine Bergwand mit Dynamit sprengt, auch alle Folgen der Dynamitexplosion[1]).

Diese Folgerung hätte noch dann einigen Halt, wenn die Rechtsordnung mit ihrer objectiven Regelung lediglich suppletorisch eintreten würde. Aber der rechtliche Erfolg tritt auch ein in Fällen, wo „der Urheber des Rechtsgeschäfts irrthümlich annehme, derselbe könne nicht eintreten" (S. 188)[2]). Doch

stellten Geschäfte nach ihrem Belieben bedienen oder nicht; bedienen sie sich aber derselben, so müssen sie den Inhalt wollen, den die Rechtsordnung gerade für das betreffende Geschäft für wesentlich hält. . . . . . . Indem sie dies wollen, wollen sie immer auch den rechtlichen Erfolg, zu dessen Herbeiführung gerade dieses Rechtsgeschäft bestimmt ist." Offenbar ist hier dieses Wollen des rechtlichen Erfolgs und dieses Wollenmüssen nur als Denkform gemeint, welche für den Institutionenunterricht sehr wohl angeht. Nur dürfen solche Denkbilder nicht zu unrichtigen Schlußfolgerungen verwendet werden.

1) Damit behaupte ich nicht (wie Leonhard in seiner Schrift über Irrthum S. 151 meint), daß es keinen auf etwas Unbekanntes gerichteten Willen gebe. Ich behaupte aber, daß in dem Wollen einer Causalität nicht das Wollen der Folgen dieser Causalität enthalten ist.

2) Hierbei wird sich auch fr. 9 § 4 de j. et f. ign. bezogen. Von vorzüglicher Beweiskraft gegen den Rechtsfolgewillen ist auch das bekannte fr. 4 § 1 de manum. vind. und § 11 J. de leg. Unrichtig hält es Conrad, Prioritätsabtretung S. 72 für eine Eigenthümlichkeit dinglicher Akte,

es ist bedenklich, „auf pathologische Fälle dieser Art eine Begriffsbestimmung zu gründen" (S. 188). Allein pathologisch sind schließlich alle Rechtsfälle, die zu Differenzen führen, welche der Jurist als Patholog zu begleichen hat; und wenn nun eine Theorie gewisse Fälle nicht zu begleichen vermag und die andere dazu im Stande ist, so zeigt dies, daß letztere und nicht erstere die richtige pathologische Behandlung enthält. Derartige Rechtsfälle, ferne davon, für die Construction weniger Bedeutung zu besitzen, haben gerade die größte Bedeutung, weil in ihnen, nicht in den gewöhnlichen Fällen, die Theorie auf die Schneide geführt wird und zeigen soll, ob sie die Verhältnisse des Lebens richtig zur Lösung bringt; ebenso wie eine schwierige Krankheit, eine seltene chemische Complication, eine ausnahmsweise Begegnung von Gestirnen uns Gesetze verräth, welche die gewöhnliche Gestaltung der Sache nicht zu entdecken vermöchte. Nicht jedes Jahr ist ein Venusdurchgang, welcher uns die Sonnenferne kündet.

Noch wird beigefügt (S. 188), daß in solchen Fällen „die Absicht auf das Eintreten einer rechtlichen Ordnung würde gerichtet worden sein, wenn dieses Eintreten für möglich erachtet worden wäre. Dieser eventuellen Absicht kommt das Recht zur Hülfe". Allein von einer solchen eventuellen Absicht ist eben in derartigen Fällen keine Rede, man müßte denn bei dem Geschäftsabschlusse stets die Nebenabsicht der Parteien unterstellen: sofern die Rechtsordnung hier nichts Weiteres bestimmt — oder sofern sie nichts anderes bestimmt; denn häufig genug treten auch qualitativ andere Rechtsfolgen ein, als welche die Parteien vermeinen. Und wenn W. annimmt, daß, abgesehen von dem Fall der Mentalreservation, das Recht keine Rechtsfolge ein-

---

daß ihre Wirkungen sich nicht nach Parteiwillen construiren, sondern durch eine Rechtsnorm constituiren lassen.

treten lasse, sobald der Wille positiv darauf gerichtet ist, daß eine rechtliche Folge nicht eintreten solle, — so ist dies unrichtig. Darnach würde keine Rechtsfolge eintreten, wenn Jemand eine Schenkung macht — und zwar nicht per Mentalreservation, sondern mit voller rechtsgeschäftlicher Absicht, aber dabei die Meinung hat, daß die Schenkung wegen Mangels der notariellen Form oder der Insinuation rechtlich ungültig sei und ihn lediglich moralisch verpflichte. Von einer Mentalreservation ist hier keine Rede: die Partei will versprechen — aber sie nimmt an, daß sich an das Versprechen lediglich moralische Folgen, keine rechtlichen knüpfen, sie glaubt daher, daß die Sache trotz ihres Versprechens immer noch in ihrer moralischen Discretion liege. Oder es schenkt Jemand im Gebiete des französischen Rechts unter einer sittenwidrigen Bedingung — in der Meinung, daß eine solche Schenkung nichtig sei, während nach französischem Rechte auch bei Schenkungen die sittenwidrigen Bedingungen gestrichen und die Schenkung aufrecht erhalten wird (a. 900 C. civ.). Ich glaube nicht, daß ein Richter in solchem Falle die Schenkung als rechtlich ungültig behandeln wird. Das wäre auch durchaus nicht im Einklang mit den Quellen; man denke an die von mir früher beigebrachten Beispiele [1]), so wenn Jemand eine Erbschaft antritt und den Erbschaftsantritt wegen Handlungsunfähigkeit für rechtlich nichtig erachtet; oder an die Verhältnisse dessen, welcher als vermeintlicher Sklave ein Rechtsgeschäft abschließt, während er ein liber bona fide serviens ist; oder an den Fall des Mandates an einen solchen vermeintlichen Sklaven 2c. [2]).

---

1) Vgl. mein Autorrecht S. 9 f., 344 f. (Jahrb. XVIII S. 137 f., 473 f.)

2) Von vorzüglicher Beweiskraft ist fr. 54 § 1 mandati: si liber homo bona fide serviens redimi se mandaverit idque nummis emptoris factum sit, contraria mandati actione agi posse constat; hier ist sicher von einem liber homo die Rede, welcher sich selbst für einen Sklaven hält. Sodann

W. wendet sich sodann (S. 188) zu dem Einwurf, daß „häufig das Rechtsgeschäft außer der gewollten rechtlichen Wirkung noch eine andere, nicht gewollte, erzeuge". Aber es sei in solchem Falle nichtsdestoweniger wahr, daß die gewollte Rechtsfolge eintrete, weil sie gewollt ist. — Nun kommt es aber sehr häufig vor, daß statt der gewollten Rechtsfolge — und sehr unerwünscht für die Partei — andere Folgen eintreten; man denke an eine Erbschaftsannahme nach gemeinem, englischem, sächsischem Rechte. Hier tritt die Rechtsordnung ein, nicht neben, sondern im Conflict mit dem Willen der Partei — an Stelle der Parteifolgen treten andere. Diese aber treten sicher nicht ein, weil sie von der Partei gewollt sind — man müßte denn wiederum den Parteiwillen dahin interpretiren: die Partei will a, falls das Gesetz darüber nichts anderes bestimmt.

Dazu kommt aber noch ein zweites. Bei Verträgen, wo nach der gewöhnlichen Lehre Offerte und Accept zusammenstimmen müssen, müßten sie auch zusammenstimmen bezüglich der Rechtsfolgen; es wäre daher ein den Vertragsabschluß störender Dissensus, wenn etwa die eine Partei den richtigen Rechtserfolg a + b, die andere aber nur den halben Rechtserfolg a beabsichtigen würde. Darin liegt das Hauptgewicht des Einwandes, und die entgegengesetzte Theorie sieht sich in der Lage, sich entweder mit der erwähnten allgemeinen Clausel nisi aliter zu behelfen — oder eine Menge von Verträgen wegen Dissenses zu annulliren. Doch davon soll unten (S. 205 f., 215 f.) die Rede sein.

Schließlich wird zugegeben, daß es Fälle gibt, wo die im Rechtsgeschäft als gewollt erklärte Wirkung eintritt, obgleich

---

fr. 19 § 2 de castrensi pecul., wo der filiusfam. in der Meinung testirt, daß das Testament nur bezüglich der bona castrensia Effekt habe. Neuerdings hat Pininski, Thatbestand des Sachbesitzerwerbs II S. 431 noch treffend hingewiesen auf c. 29 de pact. und auf c. 12 de fidejuss.

ein Wille überhaupt nicht vorliegt. Allein daraus sei nicht zu schließen, daß bei Wirklichkeit des Willens der Rechtserfolg aus einem anderen Grunde eintrete, als weil er gewollt sei. Wohl; aber daraus geht hervor, daß die Rechtsordnung sich auch bei Rechtsgeschäften nicht nothwendig an den Parteiwillen bindet, daß es mithin unrichtig ist, das Rechtsgeschäft dahin zu definiren, daß hier die rechtlichen Folgen eintreten, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäfts gewollt sind. Das Rechtsgeschäft mit Mentalreservation ist ein Rechtsgeschäft; folglich ist die gedachte Definition unrichtig.

Dies führt uns noch auf Windscheid's Behandlung der Mentalreservation [1]). Nach seiner Anschauung ist die Mentalreservation unwirksam, weil das Recht nicht zugestehen kann, daß sich Jemand auf seine Lüge berufe [2]). Ich will hiergegen nicht geltend machen, daß eine solche Behandlung weit über das legislatorische Motiv hinausginge; aber ich frage: sollte dieselbe Argumentation auch beispielsweise bei der Eheschließung durchgreifen, wo die Rechtsfolgen durchaus nicht in die Disposition der Parteien gestellt sind, wo daher die Frage, ob sich eine Partei auf etwas berufen darf oder nicht, gar nicht in Betracht kommt, sondern nur die einfache Frage, ob die objectiven Voraussetzungen der Eheschließung gegeben sind?

Dazu kommt nun aber, daß im Eheprocesse die Mentalreservation zu Tage treten kann, ohne daß eine Partei sie im mindesten allegirt, daß sie auch ohne jeden Parteiantrag und ohne jedes Parteivorbringen zur richterlichen Cognition gelangen kann, so daß lediglich die Partei dieselbe auf Befragen des Richters bestätigt. Man setze den Fall, daß im Eheproceß

---

1) Vgl. dazu auch Wharton, Commentary on the Law of Contracts (Philadelphia 1882) I p. 240 f.

2) Aehnliche Auffassung bei Enneccerus I S. 98.

Briefe und Zeugenaussagen vorliegen, aus welchen sich die Mentalreservation von selbst ergibt — dürfte in diesem Falle die Mentalreservation unberücksichtigt bleiben, obgleich doch hier von einem Sichberufen der Partei auf eine Lüge keine Rede ist und der Richter nur den Sachverhalt berücksichtigt, wie er sich ohne Zuthun der betreffenden Partei aus den Verhandlungen und zuletzt aus ihren Antworten auf seine Anfrage ergibt? Ist doch auch eine Ehe nichtig, bei welcher eine falsche Person an Stelle eines Standesbeamten fungirt hat — sie ist nichtig, auch wenn der eine Theil diese Veranstaltung selbst herbeigeführt hat, auch wenn er sich nicht nur auf eine Lüge, sondern auf ein schweres Verbrechen berufen muß! Wäre daher der Wille in gleicher Weise das Entscheidende, wie die Mitwirkung des Standesbeamten, so könnte auch eine Mentalreservationsehe keine Ehe sein, sie könnte es nicht sein, trotzdem eine Partei eine Lüge begangen hat und sich auf die Lüge beruft.

Und noch ein weiterer Einwurf drängt sich auf. Könnte sich auch die Partei, welcher die Lüge zur Last fällt, nicht auf diese Lüge berufen, so doch die Gegenpartei; entzieht man dem Lügner das Recht aus der Unwahrheit, so müßte doch der Gegner das Recht haben, sich von einem vielleicht höchst lästigen Vertrag zu lösen, indem er die Mentalreservation, die Lüge des anderen Theiles nachweist. Ich glaube aber nicht, daß das praktische Recht sich auf so etwas einlassen würde.

Was ferner das Argument betrifft, welches ich aus der Mentalreservation im Falle eines Metus geschöpft habe [1]), so hat man Verschiedenes erwidert. Zitelmann (Jahrb. XVI S. 402) nimmt an, das stolze Volk eines Mucius Scaevola, eines Fabricius, eines Cato hätte anders argumentirt; es hätte argumentirt, daß auch gegenüber dem Zwange die Lüge doch immer

1) Jahrb. XVI S. 96 f.

noch eine Lüge sei[1]). Allein das stolze Volk der Catonen hat auch einen dolus bonus gekannt und geübt, und schon die veteres sprachen von dem dolus bonus, von der sollertia, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur, fr. 1 § 3 de dolo malo. Das Volk der Catonen hat die großen und kleinen Winkelzüge im Kampfe gegen die Feinde wohl geübt, und von einer solchen Wahrheitsliebe, daß auch dem Dieb und Räuber gegenüber die Unwahrheit unerlaubt sei und man den Räuber nicht durch Winkelzüge in die Irre führen dürfte: von einer solchen Wahrheitsidee war das praktische, stets im praktischen Leben denkende Volk der Catonen weit entfernt. Dafür haben wir auch ein authentisches Zeugniß dieses Volkes der Catonen selbst; wir haben sein Zeugniß in der Ausführung des römischen Popularphilosophen — Cicero[2]). In seinen Officien spricht er ausführlich von der fides servanda, und die Art, wie er von der Tugend des Regulus spricht, ist bekannt. Est jus etiam bellicum fidesque jurisjurandi saepe cum hoste servanda. Wie aber, wenn ich einem Räuber etwas verspreche, um ihn zu täuschen, wenn ich es verspreche mit dem Hintergedanken, daß das Versprochene nicht versprochen sein soll, wenn ich es verspreche mit Mentalreservation? Wenn ich es auf solche Weise eidlich verspreche? Darüber äußert sich nun dieses Mitglied des Volkes der Catonen

1) Auch Enneccerus I S. 99 nimmt an, daß ein solches Verhalten des Genöthigten nicht zu den Anforderungen stimme, welche die Römer an den Charakter eines Mannes stellen. Man vergleiche hiergegen Cicero und Quinctilian.

2) Wenn ich mich zum Nachweise des Satzes, daß gegen Gewalt die Nothwehrlüge erlaubt ist, auf Schopenhauer berief, so that ich es nicht, als wenn Schopenhauer den Satz zuerst aufgestellt, sondern ich that es, weil er ihn wissenschaftlich begründet hat. Ich verwies ja bereits auf den dolus bonus und auf fr. 1 § 2 de dol. mal. Vgl. jetzt auch E. von Hartmann, Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins S. 352 f.

folgendermaßen: Quod enim ita juratum est, ut mens conciperet fieri oportere, id servandum est; quod aliter, id si non fecerit, nullum est perjurium. Ut, si praedonibus pactum pro capite pretium non attuleris, nulla fraus est, ne si juratus quidem id non feceris. Nam pirata non est ex perduellium numero definitus, sed communis hostis omnium. Cum hoc nec fides debet nec jusjurandum esse commune. Non enim falsum jurare perjurare est, sed, quod ex animi tui sententia juraris, sicut verbis concipitur more nostro, id non facere perjurium est. Scite enim Euripides: Juravi lingua, mentem injuratam gero. Regulus vero non debuit condiciones pactionesque bellicas et hostiles perturbare perjurio. Cum justo enim et legitimo hoste res gerebatur, adversus quem et totum jus fetiale et multa sunt jura communia[1]). Also dem pirata, als dem gemeinsamen Feind des genus humanum gegenüber, ist jede Lüge, jede Mentalreservation erlaubt, ihm schuldet man keine fides. — Und wie wäre dies anders möglich; waren es doch gerade die Stoiker, welche die Lüge als Mittel der Selbstvertheidigung gegen feindlichen Zwang als erlaubt erachteten; vgl. Zeller, Philosophie der Griechen III 1 S. 278 f.; sagt doch auch Quintilian, Inst. orat. XII 1 § 38: Ac primum concedant mihi omnes oportet, quod Stoicorum quoque asperrimi confitentur, facturum aliquando virum bonum, ut mendacium dicat, et quidem nonnunquam levioribus causis: ut in pueris aegrotantibus utilitatis eorum gratia multa fingimus, multa non facturi promittimus; nedum si ab homine occidendo grassator avertendus sit aut hostis pro salute patriae fallendus. Und fürwahr ein

1) Cicero, de officiis III 28 §§ 107, 108. Vgl. auch Aeneis II 390.

reales Volk wie die Römer war weit davon entfernt, im Leben einen Idealismus des Handelns zu pflegen, der noch weit über die Stoiker hinausgegangen wäre.

Eine andere Einwendung macht Windscheid (Wille und Willenserklärung S. 30). Im Falle des Zwangs sei das Nichtwollen keineswegs sicher, es müsse vielmehr bis auf weiteres dabei stehen geblieben werden, daß das als gewollt Erklärte auch gewollt sei. Demgegenüber habe ich bereits durch ein Beispiel aus dem Leben zu erweisen gesucht, daß im Falle des Zwanges die Mentalreservation gerade die Regel sein wird: man wird sich des Besitzes seiner Uhr und seiner Barschaft entledigen, um den Räuber zu befriedigen, und man wird dabei innerlich denken, daß man sich der Sache so lange entledigt, als man sie nicht via facti oder juris wieder erlangen kann, d. h. der Wille wird durchaus nicht auf eine definitive Hingabe, auf eine Hingabe mit Rechtsverlust gerichtet sein; und wenn im Moment darauf ein Detektiv den Räuber ergreift und dem Vergewaltigten die erpreßten Sachen wieder aushändigt, so wird der Vergewaltigte — wenn er nicht etwa ein Jurist ist und über die Wirkung des metus Bücher gelesen hat — annehmen, daß er durch die erpreßte Handlung ebensowenig eine Eigenthumsübertragung vollzogen habe, als wenn ihm der Räuber direkt die Sache abgenommen hätte. Jedenfalls müßte man jeden Vergewaltigten zum Beweis zulassen, daß er in Mentalreservation gehandelt hat, und der Beweis könnte aus den Umständen des Falles und einem ergänzenden Eide leicht entnommen werden. Darnach wäre aber die Lehre vom Zwang, wie man sie gewöhnlich giebt, unrichtig; sie müßte den bedeutungsvollen Zusatz haben, daß der Erzwungene den Nachweis der Mentalreservation führen darf. Und zwar wäre dieser Nachweis, mit Rücksicht auf die Lage der Parteien, im höchsten Grade zu begünstigen; denn wenn eine Beweis-

schwierigkeit obwaltet, so ist sie durch die hülflose Lage entstanden, in welcher der Gezwungene sich befunden hat. Die Zulässigkeit der Einrede der Mentalreservation wäre ein sehr bedeutsames Element, insbesondere bei einer erzwungenen Ehe, wo die Mentalreservation nöthigenfalls durch Aufzeichnungen, Mittheilungen an Dritte ꝛc. nachgewiesen werden könnte. Die Quellen aber wissen nichts von diesem Falle, der doch oft genug vorgekommen sein müßte. Celsus sagt in fr. 22 de ritu nupt.: contraxit tamen matrimonium — — maluisse hoc videtur — mit andern Worten, der Eheschließende wollte die Eheabschlußerklärung abgeben, um sich dem Zwange zu entziehen. Warum fügt der Jurist nicht bei, wie Cicero voraussetzt, daß er ex animi sui sententia contrahirt hat — er fügt es nicht bei, weil es juristisch unerheblich wäre. Und auch in unserem heutigen Rechte ist wohl nichts sicherer, als daß gegen eine erzwungene Ehe kein Einwand aus der Mentalreservation zulässig ist, sondern nur der Einwand aus dem Zwange; was von besonderer Wichtigkeit ist, da bekanntlich die Zwangseinrede cessiren und dadurch die Nichtigkeit geheilt werden kann, während der Einwand des mangelnden Consensus fortdauern müßte. Die Rechtsordnung hat ihre guten Gründe, erzwungene Rechtsakte nicht als nichtig zu behandeln, und diese Gründe können nicht dadurch aufgewogen werden, daß Jemand sich der Mentalreservation bedient. Die Mentalreservation ist auch dann unwirksam, wenn sie moralisch unverfänglich ist. Damit stürzt die ganze Theorie, welche die Unwirksamkeit derselben auf ihre moralische Unzulässigkeit baut, dahin.

Schließlich erklärt sich W. (Pandekten I S. 219 f.), meiner Behandlung der Mentalreservation gegenüber, dahin, daß meine Theorie voraussetze, was zu beweisen ist. Denn „daraus, daß der Wille nur offenbart werden kann durch Setzen von Zeichen in der Absicht, daß aus denselben auf das Vorhandensein eines

Willens geschlossen werden soll, folgt nicht, daß das Setzen von Zeichen in dieser Absicht nothwendig Offenbarung eines wirklich vorhandenen Willens sei". Sehr richtig; aber daraus, daß die Rechtsordnung die auf den Geisteseffekt des Anderen gerichtete Absicht, auch ohne den Rechtsfolgewillen, für genügend erklärt, daraus schließe ich eben, daß es des Rechtsfolgewillens nicht bedarf.

Viel richtiger sind die neuerlichen Ausführungen von Pininski, Thatbestand des Sachbesitzerwerbs II S. 395 f. welcher im wesentlichen meiner Anschauung beipflichtet. Wenn derselbe übrigens noch folgende Fälle herbeizieht: Ich schreibe einen Brief, hoffe aber, daß der Brief nicht rechtzeitig zugestellt werde, oder ich hoffe, der Adressat werde den Antrag mißverstehen; oder ich mache eine Schenkungsofferte und erkläre dabei, die Annahme sei mir unerwünscht — so liegt in solchen Fällen keine Mentalreservation vor; vielmehr habe ich im Falle der Schenkungsofferte völlig den Offertewillen, wenn ich auch hoffe, daß derselbe unbefolgt bleibe [1]) — ganz ähnlich, wie wenn Jemand seine Entlassungserklärung abgiebt in der Hoffnung, daß sie nicht angenommen werde, oder eine Einladung macht in der Hoffnung, daß dieselbe abgelehnt werde [2]). Und was den Brieffall betrifft, so ist jedenfalls eine voluntas eventualis

1) Ein instructiver Fall dieser Art wurde im Jahre 1885 von den Zeitungen berichtet. Ein Viehhändler bot in einem Wirthshause öffentlich zwei schöne Ochsen demjenigen an, welcher ihm im Augenblick sagen könne, wieviel 400 Thlr. Pfennige enthielten. Ein Bauer beantwortete es sofort und beanspruchte die Ochsen. Nach Zeitungsnachrichten soll er auch seinen Proceß in beiden Instanzen gewonnen haben — mit Recht, denn die Abschwächung des Willens, welche darauf beruht, daß der Verkäufer sicher auf die Unmöglichkeit der Realisirung der Offerte gehofft hatte, ist rechtlich irrelevant.

2) Oder wie wenn ich eine Bürgschaftserklärung abgegeben hätte in der Hoffnung, daß ich nicht daraus in Anspruch genommen werde, oder eine Wette in der sicheren Ueberzeugung, Recht zu haben.

vorhanden, ebenso wie wenn ich auf Jemanden schieße und dabei doch die stille Hoffnung habe, ihn am Ende doch zu verfehlen. In solchem Falle aber tritt kein Widerspruch zwischen dem Geschäftswillen und dem Rechtsfolgewillen ein — mindestens ist dies nicht das Maßgebende der Situation — sondern der Geschäftswille ist durch einen entgegenstehenden Wunsch in die Eventualität gerückt, aber er ist immer noch bestimmt genug, um für das Recht maßgebend zu sein — für das Civilrecht wie für das Strafrecht.

IV.

Rechtsfolgewillen. Fortsetzung.

Man hat von der unrichtigen Theorie behauptet, daß sie die Privatautonomie steigere; man hat angenommen: dadurch daß die Rechtsfolgen der Willkür der Parteien unterworfen seien, sei es dem Menschen am besten ermöglicht, für seine Interessen zu sorgen und alles nach harmonischer Zweckmäßigkeit zu ordnen [1]). Von diesem Standpunkte aus wäre eine jede Abweichung von der Rechtsfolgewillenstheorie eine Minderung der dem Einzelnen zustehenden Befugnisse und eine Trübung in der harmonischen Gestaltung der Lebensinteressen.

Ganz das Gegentheil nehmen wir an [2]). Wir nehmen an, daß die Rechtsordnung viel zu tief gedacht ist, daß sie ein viel zu feinsinniger Apparat ist, als daß sie nach dem Belieben eines Jeden gelenkt werden könnte. Die Rechtsordnung ist das Resultat der Entwicklung von Jahrhunderten, in ihr lebt die Weisheit von Jahrtausenden. Sollte man es nun gestatten, daß eine jede ungestüme Hand in ihre Netze eingreift und die Fäden zerreißt, welche sie mühsam im Laufe der Jahr-

1) Vgl. namentlich Enneccerus I S. 76 f.

2) Vgl. auch schon Jahrb. XVIII S. 159 f.

hunderte gesponnen hat? Die Weisheit der Rechtsordnung steht über der Weisheit des Einzelnen, und was Jahrhunderte gedacht, muß weiser sein, als was der Einzelne im Getriebe seiner Interessen verfolgen wollte.

Was gäbe das für eine Naturordnung, wenn ein Jeder die Macht hätte, nach seinem Belieben physikalische Wirkungen zu erzeugen? Das Gleichgewicht der Naturkräfte würde bald erschüttert und bodenloses Unheil würde eintreten. Der Autonomie des Einzelnen wird Genüge gethan, wenn es ihm gestattet ist, die Naturkräfte zu studiren und solche Aktionen zu emittiren, welche nach den Gesetzen der Naturordnung gewisse physikalische Wirkungen erzeugen. Ganz so verhält es sich mit der Rechtsordnung und mit der Beziehung des Einzelnen zur Rechtsordnung. Auch der Einzelne kann die Rechtsordnung zum Gegenstande seines Studiums machen und diejenigen Dinge vollziehen, welche nach den Gesetzen der Rechtsordnung bestimmte Rechtsfolgen erzeugen. Und fürwahr im Allgemeinen wird es nicht so schwer sein, die wichtigsten Rechtsfolgen sich vorzustellen. Aber wie viele Complicationen treten ein, an welche die Parteien nicht gedacht, wie viele Situationen entspinnen sich, bei welchen die Weisheit des Einzelnen in die Brüche geht. Dafür hat die Erfahrung der Jahrhunderte gedacht, und die Rechtsordnung weiß die verschränkten Fäden zu ordnen und die unliebsamen Irrnisse zu entwirren [1]). Glauben wir darum nicht, der höheren Zweckmäßigkeit dadurch Abbruch zu thun, daß wir die Rechtsordnung als eine gewaltige Schöpfung höherer Weisheit erkennen und daß wir annehmen, daß die Rechtsordnung höherer Harmonie fähig ist, als sie

1) Uebrigens construirt ja Enneccerus selbst I S. 145 f. neben den Willensrechtsfolgen eine Kategorie von Rechtsfolgen ex lege, welche ohne Willen eintreten.

der Wille der Tausende von einzelnen Individualitäten, der Wille der Tausende als singuli herzustellen vermöchte.

Wären alle Rechtsgeschäfte Typengeschäfte, so hätte die unrichtige Lehre, abgesehen von den Philosophemen der Naturphilosophen, keine Stütze gefunden [1]). Der Schein derselben beruht lediglich darauf, daß es sehr viele Rechtsgeschäfte gibt, welche von der Rechtsordnung nicht zum voraus paratgelegt, sondern von Fall zu Fall durch den Parteiverkehr festgesetzt werden; und auch die Typengeschäfte können Zusatzclauseln und andere individuelle Umgestaltungen erfahren. In solchen Fällen ist es Sache der Parteien, das Geschäft zu individualisiren, d. h. es in solcher Weise zu charakterisiren, daß es genügende Merkmale hat, auf daß die Rechtsordnung in der Lage ist, diejenigen Rechtsfolgen eintreten zu lassen, welche sie für ein derartiges Geschäft als entsprechend erachtet. Für diese Charakteristik sind allerdings nicht bloß die Worte wichtig, sondern auch das, was die Parteien thatsächlich und rechtlich über das Geschäft beiderseits zu denken pflegen, oder denken sollen und zu denken veranlaßt sind; wichtig ist ferner die Art, wie die in den Vertragsworten bezeichneten wirthschaftlichen Folgen sich zu erzeugen pflegen [2]); wichtig ist die beiderseits

1) Ueber Typengeschäfte vgl. mein Autorrecht S. 27 f. (Jahrb. XVIII S. 155 f.). Auf den typischen Charakter der wichtigsten Testamentsdispositionen bezieht sich wohl der Satz des Gajus: ea vero, quae ex ipso testamento orerentur, necesse est secundum scripti (stricti) juris rationem expediri, fr. 16 de cond. et dem. Zu den Typengeschäften gehört auch der Spruch des Schiedsrichters. Auch der Schiedsrichter braucht nicht die Rechtsfolgen des Schiedsspruchs zu wollen; es genügt, wenn er ea mente quid pronuntiat, ut secundum id discedere eos a tota controversia velit, fr. 19 § 1 de recept. Anders wäre es, wenn der Schiedsrichter bloß einen Vergleichsvorschlag, eine Begütigungsproposition zu geben gedächte; vgl. den Fall in meinen Civilproceß. Rechtsaufgaben S. 34.

2) Die Bezeichnung der wirthschaftlichen Folgen ist Individualisationsmittel des Vertrages; ich behaupte durchaus nicht, daß das Recht nun auch

bekannte Stellung der Parteien, wichtig ist aber vor allem die Anschauung des gutgläubigen Verkehrs, die Erwartung, welche man im Verkehrsleben an derartige Geschäfte zu knüpfen pflegt. Darum sagt auch das Römische Recht [1]), darum sagt auch das Handelsgesetzbuch, daß auf die im Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist; a. 279 [2]). Und schließlich setzt die Rechtsordnung in Fällen, wo die Charakteristik der Parteien zu keinem bestimmten Ziele führt, selbst einen bestimmten Charakter des Geschäfts als den entscheidenden fest, indem sie erklärt, daß das Geschäft nach der einen oder anderen Seite zu interpretiren ist [3]).

Damit huldigen wir durchaus keinem Richterabsolutismus [4]). Im Gegentheil wir erklären, daß der Richter als Diener der Rechtsordnung aus den Satzungen der Rechtsordnung diejenigen Rechtsfolgen abzuleiten hat, welche sich aus der Verstrickung des menschlichen Willens mit der Rechtsordnung ergeben. Wir haben gesehen, wie aus den Erklärungen der Parteien und den Sätzen des gutgläubigen Verkehrs die individuelle Charakteristik des Rechtsgeschäfts zu entnehmen ist; ist diese individuelle Charakteristik gegeben, so ist der Rohentwurf gegeben, welchen die Rechtsordnung zum vollständigen Bilde ausgestalten soll. Aufgabe des Richters ist es, die Rechtsordnung in ihrem bildenden Triebe zu belauschen und als Seher der Rechtsordnung

---

alle wirthschaftlichen Folgen so eintreten läßt, wie es die Parteien sich denken. Daher ist die Polemik Leonhard's (in seinem Werk über Irrthum S. 231) gegenstandslos.

1) So fr. 34 de reg. jur.; auch fr. 114 eod. Daher die vielfache Beziehung auf den mos regionis, z. B. fr. 75 leg. III, fr. 50 § 3 leg. I.

2) Ebenso Code civ. a. 1159: Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé.

3) Ein lehrreiches Beispiel ist es, wenn die Frage auftaucht, ob eine Partei bei dem Besitzerwerb im eigenen oder fremden Namen gehandelt hat.

4) Wie Pininski II S. 306 f. annimmt.

aus ihrem dunkeln Walten den Spruch ans Licht zu ziehen; ebenso wie es Aufgabe des Rechtsforschers ist, durch ständige Versuche die Keime der Rechtsordnung zur Blüthe zu bringen und stets neue Seiten der rechtlichen Triebkräfte zu Tage zu fördern. Wir wollen durchaus keinen Absolutismus des Richters, aber wir wollen ein Recht, welches fähig ist, auf die verschiedensten Verkehrsgeschäfte in der ihnen entsprechenden Art zu reagiren. Wenn wir sagen, daß die Parteien die Elemente des Kaufgeschäfts festzusetzen haben, worauf hin das Recht die entsprechende Reaction zu geben und in entsprechender Weise die Folgen zu gestalten hat, so stehen wir gerade in vollkommener Verehrung gegenüber der Rechtsordnung, als einer über uns stehenden Kulturmacht; ebenso aber auch, wenn wir ein unbenanntes Geschäft voraussetzen, bei welchem die Parteien die Elemente festsetzen und sodann die Rechtsordnung, nach ihren für unbenannte Geschäfte geltenden Gesetzen bezw. nach Analogie der sonstigen Rechtsbildungen, die von den Parteien gegebenen Elemente rechtlich gestaltet, sie gestaltet in der Art, daß die von den Parteien gesetzten Elemente bestens zu verkehrsmäßiger Geltung gelangen. Daß hier die Rechtsfolgen nicht mit der gleichen Leichtigkeit aus dem Schoße der Rechtsordnung herausgeholt werden können, wie bei Typengeschäften, liegt an der Sachlage; aber trotzdem ist es die Rechtsordnung, aus welcher wir die rechtlichen Bildungen entnehmen.

Nach dieser Richtung ist nun auch die Frage zu erörtern, ob eine divergirende Tendenz in den beiderseitigen Parteierklärungen von der Rechtsordnung berücksichtigt wird, ob die Rechtsordnung nicht, einer solchen divergirenden Tendenz unerachtet, das Uebereinstimmende in den beiderseitigen Erklärungen der Parteien für genügend erachtet, um hierauf den Vertrag und die Vertragsfolgen zu bauen. Viel zu unbeweglich ist die gewöhnliche Meinung, welche von der Auffassung ausgeht,

als ob die Rechtsordnung eine mathematische Coincidenz der Parteiakte, und zwar der Parteiakte nach Maßgabe der von den Parteien intendirten Rechtsfolgen verlange, so daß überall der Dissens vorhanden wäre, wo die Parteiakte die Träger verschiedener, sei es faktischer, oder sei es rechtlicher Meinungen wären. Die Rechtsordnung ist nicht dazu da, der coincidirenden Willkür der Parteien zu fröhnen, sondern die Postulate des gutgläubigen Verkehres zu erfüllen [1]). Ob daher eine Coincidenz genügend ist, um als Vertrag zu gelten, beurtheilt die Rechtsordnung nach den Zwecken des Verkehres, nicht nach dem mathematischen Gleichklange. Treffend hat dieses bereits der klarste der römischen Juristen, Celsus, erkannt [2]); was eine Verpflichtung über den gewöhnlichen Wortsinn belastet, das ist ausdrücklich festzusetzen; im Uebrigen darf auch der Promissor sich nicht damit ausreden, daß er an anderes gedacht hat, als was man verkehrsüblich zu verstehen pflegt, fr. 99 pr. de verb. oblig. [3]) cf. fr. 26 (27) de reb. dub., fr. 12 de transact. [4]). Hier wird durchaus nicht mit Dissens, error, negativem Interesse und derartigem operirt — denn

---

1) Vortrefflich sagt Schuster in Busch's Archiv Bd. 45 S. 332: „Dem Psychologen ist das Individuum von Bedeutung, der Jurist betrachtet den Einzelnen nur in seinem Zusammenhang mit der Gesammtheit."

2) Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ac fere secnndum promissorem interpretamnr, quia stipulatori liberum fnit verba late concipere; nec rursnm promissor ferendus est, si ejus interfuerit de certis potius vasis forte aut hominibus actum. Schon Labeo hatte diesen Weg betreten, vgl. fr. 21, fr. 34 pr. de contr. empt Vgl. auch Javolen in fr. 106 v. obl und fr. 57 de jure dot. Sodann Pomponius und spätere.

3) Vgl. damit fr. 38 § 18, fr. 106, fr. 110 § 1 eod. Vgl. dazu auch C. civ. a. 1162.

4) Vgl. auch die vorzügliche Aeußerung des Celsus in fr. 38 § 2 de act. emt. vend.: si nihil de ea re neqne emptor neqne venditor cogitaverunt, nt plerumqne in ejnsmodi rebns evenisse solet.

nicht eine mathematische Coincidenz der beiderseitigen Willensakte gehört zu dem Vertrag, so daß diese sich etwa in mystischer Vereinigung verschränkten und in einander aufgingen — sondern eine solche Coincidenz, welche nach den Interessen des Verkehres als genügend zu erachten ist. Wenn daher in fr. 41 pr. de verb. obl. der Jurist zuerst meint: facti quaestionem inducere, quid forte senserit, so corrigirt er sich sofort selbst: hoc est quid inter eos acti sit (utique enim hoc sequimur, quod actum est). Vgl. ferner fr. 125 de verb. sign. Vergl. auch fr. 115 pr. de verb. obl.: si ab initio id agebatur; fr. 135 pr. eod.; denn plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, fr. 134 § 1 V.O. So ist daher auch fr. 94 eod. und so sind andere Stellen zu verstehen, welche von einer Berücksichtigung der lediglich einseitigen Willensrichtung zu sprechen scheinen. Daher sagt auch Maecian in fr. 31 de obl. et act.: in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur, d. h. nicht der Privatwille des Einzelnen, sondern das, worin beide zusammenstimmen, kommt in Betracht[1]). Ebenso fr. 51 pr. locati: id maxime spectare debemus, quod inter utramque partem convenit, fr. 20 § 1 si servit. vind.: quod actum inter contrahentes esset, fr. 6 § 1 de contr. empt.: in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est, fr. 41 pr. eod.: videamus, quid inter ementem et vendentem actum sit, fr. 8 praescr. verb.: tametsi quod inter eos ageretur verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen lex contractus non lateret; fr. 12 § 4 qui pot. in pign.: quid inter eos actum sit, fr. 55 de obl. et act.: nisi animus

1) Vgl. auch Röver, Bedeutung des Willens S. 25 f., dessen Quelleninterpretationen zwar nicht immer zutreffend sind, aber doch mehr Berücksichtigung finden sollten, als sie seither gefunden haben.

utriusque consentit, fr. 7 § 8 de pact.: ex mente convenientium, fr. 219 verb. sign.: contrahentium voluntatem. Vgl. auch fr. 52 pr. und § 4 de obl. et act., fr. 24 depos., fr. 1 pr. mand. u. a.

Besonders belehrend sind diejenigen Fälle, wo die Römer einen bestimmten Normalinhalt des Vertrages statuiren, sofern nicht eine beiderseitige gegentheilige Willensbestimmung nachweisbar ist; so fr. 7 § 12 de pact.: nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium; und so offensichtlich auch fr. 3 de pactis: nisi specialiter contrarium actum esse probetur. So auch fr. 25 de hered. vel act. vend., wo Paulus ausführt: semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit; si autem id non apparebit, praestare eam rem debebit emptori venditor. Ebenso fr. 1 § 2 pro dote: si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum est id agi. Namentlich aber fr. 48 de act. empt. vend.: id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelleguntur; quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere; hoc etenim contractui bonae fidei consonat; fr. 57 de jure dot.: praesumptionem ad filii debitum spectare verisimile est, nisi evidentissime contrarium adprobetur; fr. 8 de jure dot. u. a.

Ueberhaupt stehen die Auslegungsregeln [1]) zur Dissenslehre in einer viel intimeren Beziehung, als man meint. Denn die Auslegung hat nicht bloß die Erklärung der einen Partei zu fixiren, sondern sie hat zugleich zu fixiren, in welchem Sinne ein von beiden Parteien verschieden aufgefaßter Vertrag zu

1) Vgl. auch Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenrecht 1 S. 632. Richtig neuerdings auch Pininski II S. 415 f. Vgl. auch bereits meine Ausführung in dieser Zeitschrift XVIII S. 158 f. Anders Werthauer S. 40 f.

behandeln ist, ob im Sinne der einen oder der anderen Partei — und in dieser Richtung sprechen die Quellen von einer Auslegung zu Gunsten des Käufers und gegen den Verkäufer. In diesem Sinne spricht man von einer Auslegung nach der Handelssitte, nach der Verkehrsauffassung; eine Partei kann mit der Behauptung, daß sie die Verkehrssitte nicht gekannt habe, nur dann gehört werden, wenn sich aus ihren der Gegenpartei bekannten Verhältnissen Umstände entnehmen lassen, welche den Gegner zur Vorsicht gemahnt haben, so daß es Sache des Gegners war, diesen Punkt zur Klarheit zu bringen.

Auf alles dieses könnte man nach der seitherigen Theorie nur erwidern, daß es sich bei der Auslegung nach der Verkehrssitte nicht um etwas von den Parteien nicht Gewolltes handle, sondern um etwas von den Parteien Gewolltes, aber unbestimmt Gewolltes — sofern nämlich die Parteien sich dem Verkehrsgebrauche unterworfen, sofern sie diesen Verkehrsgebrauch angenommen hätten als etwas für sie Maßgebendes — welche Unterwerfung geschehen könne, ohne daß die Parteien die Verkehrssitte im Einzelnen kennen. Ich will die Möglichkeit eines auf unbekannten Inhalt gerichteten Willens natürlich nicht bestreiten; und wenn die Parteien vereinbaren, daß irgend welche, wenn auch ganz fremde Bestimmungen als Theil des Vertrages behandelt werden sollen, so ist ein solcher Vertrag selbstverständlich ein objectiv bestimmter Vertrag[1]). Aber derartige Vereinbarungen bilden nicht die Regel; meist sagen die Parteien bezüglich der Verkehrssitte gar nichts, und die Ver-

---

1) Vgl. beispielsweise ROHG. 4./11. 1870, Entsch. I S. 91, 17./11. 1871, ib. IV S. 140, 23./4. 1872, ib. VI S. 78: sie (nämlich die Usancen) „bilden einen stillschweigenden Bestandtheil der Willenserklärung, ihr Inhalt gilt nur, weil er gewollt ist, und dieser Wille ist ohne Kenntniß derselben undenkbar, es habe denn der Contrahent sich erkennbar auch den ihm unbekannten Usancen unterworfen".

kehrssitte wird in Rücksicht genommen, nicht weil die Parteien sie als unbekannten Vertragsinhalt, als unbekanntes x in den Vertrag aufgenommen hatten, sondern weil eine solche Behandlung der Sache der bona fides des Verkehrs entspricht[1]). Es verhält sich hier wie mit den englischen implied contracts, wo man in einem bestimmten Verhalten einer Partei eine Vertragserklärung erblickt, weil eine Partei, wenn sie redlich und loyal denkt, sich einer solchen Behandlung nicht entziehen kann, einer Behandlung, welche dieselbe ist, als wenn sie eine solche Vertragserklärung abgegeben hätte[2]). Mit anderen Worten, eine solche Beziehung auf die Verkehrsübung ist demmeist eine Fiction[3]).

Man könnte allerdings die Interpretation nach der Verkehrsübung noch dahin wenden: man könnte sie als bloßen Beweissatz annehmen, daß nämlich, soweit nicht eine Partei eine andere interne Absicht beweist, vermuthet würde, daß beide Theile das Verkehrsübliche gewollt hätten. Hier läge keine Fiction, sondern nur eine legale Präsumtion vor, und es wäre jede Partei damit zu hören, daß sie etwas anderes als das Verkehrsübliche innerlich gewollt hätte und daß, sofern der Gegentheil die Erklärung nach dem Verkehrsverstande aufgefaßt hätte,

1) Vgl. ROHG. 19./3. 1872, Entsch. V S. 184 f.: „weil ein Prolongationsgeschäft in Frage stand, war eine solche Bezugnahme" (sc. auf die Börsenusance) „als selbstverständlich nicht erforderlich". Vgl. hierüber weiter unten S. 214 f.

2) Vgl. auch noch Hartmann, Werk und Wille, Arch. f. civ. Prax. Bd. 72 S. 212 f.

3) Vgl. das S. 208 cit. fr. 48 de act. emt. vend.: respondi id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelleguntur; quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere: hoc enim contractui bonae fidei consonat; ähnlich fr. 58 § 1 loc.: id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit. Vgl. auch unten S. 214 f.

ein den Vertrag vernichtender Dissens vorläge. Eine solche Theorie wäre das richtige Ergebniß des Willendogmas. Aber diese Auffassung wird wohl Niemand in praxi durchführen wollen [1]). Dies würde auch ganz der Tendenz des römischen Rechts widersprechen, mit seinem Satze über die protestatio facto contraria, mit seinem Satze von der Willenserklärung durch Schweigen [2]) und von der sonstigen stillschweigenden Willenserklärung [3]); mit seinem Satze: ea ..., quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire, fr. 31 § 20 de aed. ed., und mit seinem: si ita in promptu res sit, ut eam emptor non ignoraverit fr. 43 § 1 cont. emt. Es würde auch völlig dem Satze widersprechen, daß in Verkehrsgeschäften die Ordnung des Verkehrs gelten muß — denn nichts anderes als ein Widerstreben gegen die Verkehrsordnung wäre es, wollte ein Contrahent sich der Verkehrsübung gegenüber etwa auf eine

---

1) Wenn Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 12 sagt, das Bedürfniß des Verkehrs sei keine Rechtsquelle, so beruht dies auf einer unrichtigen Betrachtungsweise. Allerdings die Bedürfnisse des Verkehrs selbst sind nicht rechtsschöpferisch, wohl aber die Bonafidesprinzipien des Rechts, sobald sie in Anwendung kommen, um die Bedürfnisse des Verkehres zu reguliren; insofern sind allerdings die Bedürfnisse des Verkehres ein Element in der Rechtsbildung. Dasselbe Recht wird unter anderen Verkehrsbedürfnissen zu anderen Sätzen führen. Vgl. meine Abh. über die schöpferische Kraft der Jurisprudenz in diesen Jahrb. XXV S. 262 f.

2) Man vergl. fr. 5 de adopt., fr. 7 § 1 de spons. und namentlich fr. 4 § 1, fr. 7 pr. quib. mod. pign. solv., fr. 1 § 5 de exercit. act., fr. 12 de evict.

3) Man vgl. beispielsweise fr. 31 § 3, fr. 32 de inoff. test., fr. 23 § 1 eod. Vgl. darüber namentlich Hartmann, Arch. f. civ. Prax. Bd. 72 S. 192 f. Auch das deutsche Recht ist in demselben Fahrwasser; wenn Jemand eine fremde Sache verkauft und der Eigenthümer zusieht, ohne zu widersprechen, so kann er sich nicht mehr auf sein Eigenthum berufen. Vgl. z. B. Recht von Schlettstadt, Ed. Winkelmann, Acta imperii II p. 152, Neuenburg, Z. f. Gesch. d. Oberrheins Bd. 40 S. 108.

Leichtfertigkeit berufen — oder gar auf absichtliche Dissimulation[1]). Weder das eine, noch das andere findet bei den römischen Juristen Gehör; vgl. fr. 43 § 2 de contr. emt., fr. 3 pr. de SC. Maced., fr. 11 § 3 de inst. act. Hier ist kein Zweifel, daß ein solcher nach Maßgabe dessen haftet, was nach der Verkehrsusance aus seiner Erklärung zu entnehmen ist. Wer also beispielsweise österreichisch-ungarische Staatsbahnprioritäten verkauft, ohne etwas Weiteres zu sagen, der verkauft damit Prioritäten der Serien I—VIII, denn so versteht es der Verkehr[2]); und sollte er sich auch absichtlich einen

1) Die Willenstheorie ist hier in schwieriger Lage; so bemerkt Scheiff, Divergenz zwischen Wille und Erklärung S. 12: „Weiß der Erklärende, daß seine Erklärung diese oder jene Bedeutung nach Lage der Sache für jeden verständigen Dritten haben könne und müsse, oder muß der Erklärende dies nach objektiven Grundsätzen wissen, so hat er für das Recht nicht nur den Erklärungswillen, sondern auch den auf den Eintritt der Rechtsfolgen gerichteten Willen gehabt, ist die Trennung zwischen den beiden Willen juristisch unmöglich." Für das Recht allerdings, d. h. das Recht behandelt ihn so; es behandelt ihn so, trotzdem er in der That nicht den Rechtsfolgewillen gehabt hat — das ist eben gerade unsere Theorie, daß die Rechtsfolge auch gegen den Willen des Contrahenten eintreten, sobald die Rechtsordnung solches für gut findet; sie treten ein mit der Autorität und objectiven Macht, wie die Naturfolgen der Naturprocesse. Wenn daher der Contrahent Rechtsfolgen will auf Grund einer Erklärung, die, wie ihm bekannt, nach den Regeln des Verkehrs ein Rechtsgeschäft mit anderen Rechtsfolgen darstellt, so ist es zwar sicher, daß die letzteren Rechtsfolgen eintreten, nicht die intentionirten; sie treten ein, und dieses Eintreten kann auch vorhergesehen werden — aber nur deßhalb, weil das Recht die Folgen auch ohne und gegen den Willen des Contrahenten eintreten läßt; ganz ebenso wie Jemand eine Explosion voraussehen kann, wenn er an die Zündschnur greift — aber nur deßhalb, weil die Explosion nach objectiven Gesetzen unabhängig von seinem Willen eintritt. Würden die Rechtsfolgen nur eintreten, weil sie gewollt sind, so hätte der Contrahent es in der Hand, durch ein Anderswollen ihren Nichteintritt herbeizuführen.

2) Vgl. Saling's Börsen-Jahrbuch für 1885/86 (bearbeitet von Herthel) S. 973: „Bei Verkäufen ohne nähere Bezeichnung sind Obligationen des alten Netzes, Em. I—VIII, zu verstehen."

Hinterhalt gemacht und, das Mißverständniß voraussehend, gewillt gewesen sein, sich für solche Prioritäten, ohne Rücksicht der Serien, nach seiner Wahl zu verpflichten — so daß er etwa auch solche der Serie IX liefern dürfte — so wird er hiermit nicht gehört.

Noch in viel schlimmere Bedenken geräth die Willenslehre bezüglich der Interpretationsregel, wornach in gewissen Fällen gegen den Käufer, gegen den Vermiether oder gegen den Gläubiger zu interpretiren ist. Die Willenslehre kann diese Regeln nur so auffassen: wenn der Verkäufer, obschon bloß innerlich, eine bestimmte Absicht hat, so ist diese maßgebend, sofern sie beweisbar ist; und wird diese Absicht vom Gegner nicht getheilt, so liegt Dissensus vor; — ist aber diese Absicht nicht erweislich, dann ist gegen ihr Vorhandensein zu präsumiren: die Interpretationsregel wäre also lediglich eine Beweisregel, eine Präsumtivregel für den Fall der Unbeweisbarkeit der wirklichen Absicht. Dies ist aber ihre Bedeutung nicht; ihre Bedeutung ist vielmehr: mag der Verkäufer eine Absicht haben, welche er will, sofern er sie nicht äußert, ist im Zwiespalte das Geschäft gegen ihn zu interpretiren und ein ihm ungünstiger Inhalt des Geschäfts anzunehmen[1]). Mit andern Worten: eine Verschiedenheit in der Absicht der Parteien wird als bedeutungslos erachtet, sie bildet keinen Anlaß zur Cassirung des Vertrags. Die Rechtsordnung sagt, welches bei diesem Zwiespalt der Inhalt des Vertrages ist. Und der Grund ist der: der Verkäufer bezw. der Gläubiger hätte — nicht etwa für Beweis gegenüber dem Richter — er hätte für deutliche

1) Auch das englische Recht kennt solche Regeln, wornach gegen den einen Contrahenten zu interpretiren und dadurch der Vertrag aufrecht zu erhalten ist: ut res magis valeat quam pereat; Aufsatz im American Jurist XXIV S. 11 f.

Ausdrucksweise gegenüber dem Gegentheil sorgen sollen; hat er sich nicht deutlich ausgedrückt, so kann ihn der Käufer am Wort nehmen. So schon Labeo: quia potuit re integra apertius dicere, fr. 21 de contr. emt.; so schon die veteres, denn in (venditoris) fuit potestate legem apertius conscribere, fr. 39 de pact.[1]); und (dolus malus) non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat, fr. 43 § 2 cont. emt. Und will hier der Verkäufer mit einer anderen internen Absicht kommen, so schneidet ihm das römische Recht dieselbe einfach ab; es sagt von ihm, wie Celsus in analogen Fällen: non est ferendus, fr. 12 de trans., fr. 99 pr. de verb. oblig.[2]).

Wie man sieht, auch hier bricht das Dogma von dem internen Rechtsfolgewillen entzwei. In gleicher Weise verfahren die Römer überhaupt. Wenn es sich darum handelt, was der Verpächter eines fundus dem Pächter an Mobiliar übergeben soll, entscheiden sie nach den Lebensverhältnissen, fr. 19 § 2 locati; ebenso beim Kauf, fr. 76 pr. de contr. emt., fr. 40 § 4 und 5 eod.; fr. 205 verb. sign.; ebenso wenn es sich handelt um die Clauseln des Kaufs in Bezug auf die stillicidia oder in Bezug auf die Zurückbehaltung eines Wasserrechts, fr. 17 § 3 und 4 (si in contrarium nihil nominatim actum est) de serv. praed. urb., fr. 30 de serv. praed. rust.[3]), oder um die Clauseln bezüglich die Servituten

1) Andere Stellen sind bekannt; z. B. fr. 26 (27) de reb. dub., fr. 99 pr. de verb. obl. — beide von Celsus; fr. 38 § 18 de verb. obl.

2) Vgl. auch c. 7 X de sponsal.: si alter non intellexerit, quod alter proposuit, ad communem verbi intelligentiam recurratur, et cogatur uterque verba prolata in eo sensu retinere, quem solent recte intelligentibus generare.

3) Daß in Bezug auf diese Clauseln die Auffassung nach unsern Lebensverhältnissen eine andere sein kann als in Rom, bemerkt richtig Troplong, Vente nr. 257.

fr. 75 de evict. Was den Lebensverhältnissen bei gutgläubiger Betrachtung entspricht, das apparet actum esse, fr. 78 pr. de contr. empt. Daher auch die Auslegung des Alfenus in fr. 29 locati: hier scheint locator id potius voluisse, nämlich daß der redemptor für die Waldhut sorge; dies ist denn auch das ganz Natürliche: faßte der redemptor dies anders auf, so haftet er nichtsdestoweniger für dasjenige, was die Lebensverhältnisse als Inhalt des Vertrags postuliren. So ferner fr. 54 § 1 locati: verisimile esse ita convenisse, fr. 58 § 1 eod: id actum apparet esse, fr. 6 § 1 de contr. empt. u. a.: d. h. die Auslegung geschieht nach Maßgabe der gutgläubigen Beurtheilung der Lebensverhältnisse [1]). Vgl. auch noch fr. 110 § 1 de verb. obl., fr. 1 § 2 pro dote.

Das fr. 34 pr. de contr. empt. stellt die Lehre von dem Willensconsense auf eine schwere Probe. Hier nämlich wird nach Labeo's Entscheidung ein Vertrag aufrecht erhalten, obgleich nicht nur in den Consequenzen, sondern in den Grundlagen des Vertrages ein dissensus ist: es herrscht Zwiespalt bezüglich eines mit dem veräußerten Grundstücke mitverkauften Sklaven. Nach Labeo ist der Gesammtvertrag nichtsdestoweniger gültig, und mit dem Zwiespalte hilft man sich so gut ab als möglich — denn soll man deßhalb einen ganzen Gutsvertrag scheitern lassen, weil über einen Herrn Stichus, oder über eine einzige Statue, oder gar über eine — Hacke Zwie-

1) Man vgl. beispielsweise aus dem modernen Rechte folgenden Fall: A, der Verkäufer eines Gaswerkes, bedingt sich aus, daß ihm sein jährlicher Gasbedarf zum Selbstkostenpreis geliefert werde. Fällt hierunter auch der außerordentliche Gasbedarf, welcher durch Nachtarbeiten beim Baue des Hauses des A veranlaßt wird? Vgl. darüber Entsch. des Appellationssenates Mannheim, Bad. Annalen Bd. 43 S. 367. (Verneinend, Bericht v. Heinsheimer.)

spalt herrscht [1])? Nun will sich allerdings auch die Willenslehre mit der Stelle befreunden — denn es handle sich hier nur um den Dissens in einem Nebenpunkte. Allein damit gibt diese Lehre ihren eigenen Standpunkt auf. Es handelt sich ja nicht etwa um einen error bei einer einseitigen Erklärung, es handelt sich darum, daß beide Willen dissentiren, daß es an der Uebereinstimmung des Willens beider Theile fehlt. Soweit aber zum Zustandekommen des Vertrages ein consensus erforderlich ist, muß der consensus völlig und ungetheilt sein — ein Consens nicht nur in der Hauptsache, sondern auch in der Nebensache: Offerte und Acceptation müssen sich vollkommen, auch in den Nebenpunkten decken — wenn beide Theile in ihren Vertragserklärungen auch nur in einem Minimum auseinandergehen, so kommt kein Vertrag zu Stande. Wäre daher der interne Wille das Entscheidende, wäre die interne Willensübereinstimmung der Nerv des Vertrages, so müßten ebenso auch die internen Willensakte zusammenstimmen — und dies ist nicht der Fall. Die Rechtsordnung hat sehr gute Gründe, zu statuiren, daß ein Vertrag nicht zu Stande kommt, wenn die Erklärungen äußerlich auch nur um ein Haar differiren [2]); sie hat aber auch sehr gute Gründe, einen Vertrag

1) Anders verhält es sich, wenn der dissensus in corpore sich auf wesentliche Gutstheile bezieht. So war es in dem Falle des Oberst. Landesgerichts München 6./12. 1881 (in seinen Entsch. IX S. 400), wo dem kaufenden Theile bei der Besichtigung ganz andere Holztheile gezeigt worden waren, als solche später in die Notariatsurkunde aufgenommen wurden (die Notariatsform ist nach bayrischem Rechte für den Bestand von Immobiliarverträgen wesentlich). Die Werthsdifferenz betrug hier beinahe 3800 M. Dazu kam, daß der Dissens durch die Art des Vorweisens hervorgerufen worden war, daß er auf diesem Wege dem anderen Theil erkennbar wurde. Vgl. ferner OAG. Jena 27./10. 1876, Seuffert 34 Nr. 25.

2) Ebenso wenn auch nur wegen eines Nebenpunktes specielle Vereinbarung vorbehalten ist und diese specielle Vereinbarung nicht erfolgt. Vgl. auch Reichsgericht 12./4. 1881, Bad. Annalen Bd. 47 S. 249. So auch

aufrecht zu erhalten, wenn die Erklärungen innerlich auch nur in der Hauptsache zusammenstimmen, wobei die Differenz bestmöglich begütigt wird.

Die Rechtsordnung hat ihre guten Gründe: stimmen Offerte und Accept äußerlich nicht zusammen, so kann ein jeder ersehen, daß ein Vertrag nicht zu Stande gekommen ist; noch mehr: es hieße, eine Partei ohne jedes Verschulden in eine ihr ganz fremde Richtung drängen, wollte man sie durch einen Vertrag zu einer Gebundenheit führen, welche von ihrer Erklärung auch nur um ein Geringes abweicht: die deutlichste Erklärung könnte es nicht verhindern, daß ich eine Sache zu 1000 M. 50 Pf. nehmen muß, nachdem ich erklärt, daß ich nur 1000 M. geben will. Es hieße in das Getriebe der Parteiinteressen und Parteifreiheit eingreifen, wollte man der Partei eine andere Parteierklärung aufoctroiren, als sie gegeben hat[1]). Ganz anders ist es, wenn die Parteierklärungen äußerlich übereinstimmen und nur im Innern auseinandergehen: hier werden und müssen die Parteien der Meinung sein, daß ein Vertrag zu Stande gekommen ist, und sie werden sich darauf verlassen; und daß die innerliche Differenz nicht äußerlich hervorgetreten ist, beruht — nicht überall, aber vielfach — auf Geschäftsunkunde, Ungeschick oder doch auf einer eigenartigen besonderen Constellation der Verhältnisse; jedenfalls ist es nicht das Normale. Kein Wunder, daß hier die Rechtsordnung sich nur schwer und nur in besonders gravanten Fällen entschließen kann, an dem äußerlichen Gefüge des Vertrages zu rütteln und vielleicht einen Vertrag, auf welchen sich eine Partei voll und rückhaltslos verlassen

---

ausdrücklich Badisches Landrecht a. 1340 c. Anders allerdings das Schweizer Bundesgesetz über Obligationenrecht a. 2.

1) Vgl. meine Ausführung im Arch. f. bürgerl. Recht I S. 296 f.

hat, wieder zu lösen. Das ist es aber, was die gewöhnliche Willenstheorie verkennt, wenn sie die totale Uebereinstimmung, welche die Rechtsordnung bezüglich der äußerlichen Vertragsaktionen verlangt, auch für das Internum der Willenstendenzen voraussetzt.

Und gerade hiergegen ist das fr. 34 pr. cit. ein bündiger Beweis: der Vertrag wird aufrecht erhalten trotz des innerlichen Dissenses der Parteien bezüglich eines Punktes, welcher, wenn in Bezug auf denselben ein äußerlicher, die Offerte und Acceptation entzweiender Zwiespalt herrschen würde, völlig genügte, um das Zustandekommen des Vertrages zu verhindern. Damit ist die gewöhnliche Lehre, welche zum Vertrag eine der äußerlichen Harmonie entsprechende innerliche Harmonie verlangt, so bündig widerlegt, als sie überhaupt widerlegt werden kann, und insbesondere beweist diese, auf eine wirkliche Sachentscheidung tendirende, Stelle zehnmal mehr, als alle theoretischen römischen Aussprüche. Die Römer waren ausgezeichnete Praktiker, aber wenig entwickelte Theoretiker und Systematiker, und wenn wir in ersterer Beziehung stets von ihnen zu lernen haben, so haben wir es glücklicher Weise in der Theorie weiter gebracht; und die theoretischen Ausführungen über das Wesen des Vertrages und über die Tragweite des Consenses sind von demselben geistigen Gewicht, wie etwa das Philosophiren eines Cicero oder eines Marc Aurel [1]).

Die Theorie von der Willensübereinstimmung und von der Differenz wegen mangelnder Willensübereinstimmung bezüglich der wirthschaftlichen oder rechtlichen Folgen des Vertrages ist damit widerlegt; selbst ein Dissens bezüglich des Gegenstandes des Vertrages ist unerheblich, sobald dieser Gegenstand lediglich ein Nebenpunkt ist. Ein Dissens in dem beider-

---

1) Ueber die Stelle selbst vergleiche noch unten S. 274 f.

seitigen Willen, welcher in dem äußeren Ausdrucke nicht zu Tage tritt, kann daher nur von Bedeutung sein, wenn die beiderseitigen Willensrichtungen sich (trotz äußerer Uebereinstimmung) in Bezug auf die ersten Grundlagen des Geschäfts widersprechen, in Bezug auf die ersten Grundlagen des Geschäfts, welche zur Individualisirung des Geschäfts nothwendig sind und daher den Hauptgegenstand specieller Verabredung bilden [1]). Das sind nun Fälle, wie diejenigen, von welchen fr. 57 de obl. et act. spricht, und es ist völlig unrichtig, wenn man den Ausspruch des Pomponius auf allen und jeden Dissens, auch auf den implicirten Dissens in Bezug auf die nicht ausgesprochenen faktischen Vertragspunkte oder gar auf den Dissens in Bezug auf Rechtsfolgen erstrecken wollte. Aehnlich verhält es sich mit fr. 52 locati desselben Pomponius [2]). Das sind nun Fälle, wie jene, wenn der Käufer einen Sklaven A meint und der Verkäufer einen Sklaven B, wenn der eine ein dreiprozentiges und der andere ein vierprozentiges Papier im Auge hat, wenn der eine Gulden, der andere Mark im Sinne trägt u. s. w. [3]). Hier nun kann die Rechtsordnung dem

1) Vgl. auch Werthauer S. 55 f.; wenn, wie die Engländer sagen, the mistake goes to the root of the matter (Anson, Law of Contract p. 128). Die Ansicht, daß umgekehrt ein nicht zum Ausdruck kommender Irrthum stets unberücksichtigt bleibe, ist eine Uebertreibung und widerspricht dem Equity-Recht. Im Gegensatz zu der irrigen Willenstheorie ist man hier zum entgegengesetzten Extreme gekommen. So erledigen sich auch die Beispiele von Enneccerus I S. 79 f.

2) Vgl. ferner fr. 83 § 1 de verb. obl., fr. 137 § 1 eod., fr. 9 pr. de contr. emt., fr. 6 de accept., § 23 de inut. stip. Nicht hierher gehört fr. 1 § 4 de verb obl., wo von einer äußeren Nichtübereinstimmung — nicht von einem Dissens trotz äußerer Uebereinstimmung die Rede ist. — Unrichtig ist es, mit Eisele (in diesen Jahrb. XXV S. 424 f. u. a.) aus diesen Aussprüchen eine allgemeine Theorie abzuleiten. Wenn die Römer argumentiren: stipulatio ex utriusque consensu proficiscitur, so wissen wir, daß das Theoretisiren nicht Sache der Römer gewesen ist.

3) Vgl. auch Sächs. Gesetzbuch § 95, 837.

Dissense mehr oder minder Bedeutung beimessen; sie geht nicht unter, wenn hier mehr oder weniger der Individualität der Contrahenten Rechnung getragen wird. Denn solche Dissensfälle bilden doch ziemlich seltene Ausnahmen. In vielen Fällen wird sich die Sache so verhalten, daß der Dissens erkennbar war [1]) und die Partei sich selbst zuzuschreiben hat, wenn sie auf solchen Vertrag rechnete [2]). In vielen Fällen wird der Dissens zu Tage treten, solange die Sache noch res integra ist, so daß der Rücktritt ohne Schädigung der beiden Theile verläuft. Das allerdings wird man aufstellen müssen, daß eine Partei sich bei dem Vertrage festhalten lassen muß, wenn sie rechtzeitig die Differenz erkannt hat und sie hätte aufweisen können, aber es nicht gethan hat. Denn solches ist ein Gebot der bona fides; es ist ein Fall des Satzes: qui tacet, ubi loqui debet, consentire videtur; vgl. analog fr. 16 de SC. Maced., c. 5 de nupt.: wer nicht zur Zeit, wo er von dem Dissens weiß, es kundgibt, daß er rechtlich nicht gebunden sein wolle, der ist so zu behandeln, als ob er nachträglich sich dem äußerlichen Uebereinkommen gefügt

1) So wenn ein Geschäftsmann ein Geschäft mit einem kaum der Sprache kundigen Fremden abschließt; so wenn Preis und Waare ganz außer Verhältniß stehen, wenn eine Erklärung völlig den verkehrsüblichen Maaßnahmen widersprechen würde u. s. w. Man vgl. beispielsweise den köstlichen Fall in Reuter's Franzosentid, wo dem Müller für jeden Scheffel ein Scheffel (statt Meßchen) als Mahllohn versprochen ist. Vgl. auch noch fr. 19 de SC. Mac.: qui sciret aut scire potuisset.

2) Und hat eine der Parteien absichtlich die Differenz herbeigeführt, so kann sie sich um so weniger über die Richtigkeit des Vertrages beklagen. Von einem solchen Falle handelt c. 5 plus valere (4, 22): die eine Partei hält der andern den Vertragsentwurf zur Unterschrift hin und veranlaßt sie, denselben zu unterschreiben, ohne ihn zu lesen, im Vertrauen auf die Richtigkeit (subscribere, te non relecto, sed fidem habente, suasit). Vgl. auch Röver, Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen S. 44.

hätte [1]). Und auch dann wird eine Partei einen Vertrag gelten lassen müssen, wenn sie in einem erheblichen Verschulden versirt hat. Wie, wenn eine Partei ein gutgläubig an sie gestelltes Offert pure acceptirt hat, nachdem sie das Offert nur oberflächlich gelesen? Wenn eine Partei einen Vertrag unterzeichnet und die Sprache, in welcher er abgefaßt ist nur mangelhaft kennt? Wenn in dem Offertbrief Geldsorten angegeben sind und sie sich um den Werth der Geldsorten des betreffenden Landes gar nicht verlässigt hat? Voraussetzung ist in solchem Falle, daß nicht mehr res integra ist, und daß auf der Seite des anderen Theiles völlige Loyalität obwaltet und derselbe nicht etwa die Differenz zwischen Wort und Sinn und die demgemäße Differenz zwischen Offert- und Accepterklärung erkannt hat oder hätte erkennen sollen [2]).

Ich will zur Illustrirung des Gesagten einen „hübschen" Reisefall erwähnen, den ich bereits in meinem Essay „Aus dem Lande der Kunst" S. 1 f. allegirt habe. Es bestellt Jemand, der ermüdet in einem Gasthause des südlichen Tyrols ankommt, „offenen Wein" und bekommt Ofener Wein. Bekommt der Besteller den Wein mit der Etikette und liest er

---

1) Man vgl. auch noch c. 4 X de conjugio serv.: quod postquam intellexit conditionem ipsius, nec facto nec verbo consenserit in eandem. Vgl. auch c. 2 eod.

2) Ueber den Fall des schuldhaften Irrthums vgl. neuerdings auch Pininski II S. 410 f., wo die weitere Literatur angegeben ist. Daß der Schwerpunkt nicht auf die processualische Seite gelegt werden darf, so daß etwa ein Vertragsmangel zwar vorliegen, dieser aber von dem Richter nicht berücksichtigt werden könnte, bedarf hier keiner weiteren Ausführung: das Civilrecht ist für das Leben, nicht für den Proceß geschaffen, und wenn daher in 1000 Fällen einer zum Processe kommt, so muß die Rechtsordnung in den 999 Fällen die Sache so gestalten, daß sie im 1000. Falle im Processe nach gleicher Maßnahme zu entscheiden ist. Vgl. auch fr. 70 (68) § 1 ad SC. Trebell.: difficile quidem crederis . . . . . sed si probaveris . . . . .

sie, so liegt Vertrag in Bezug auf Ofener Wein vor, sofern derselbe nicht alsbald den Dissens aufklärt und die Flasche zurückgibt. Trinkt er den Wein, ohne die Etikette zu lesen, so ist er gleichfalls an den Ofener Wein gebunden — er hätte die Etikette lesen sollen. Hatte der Wein keine Etikette, so kann der Gast die Differenz bei dem Kosten des Weins erkennen — auch hier muß er sie aufklären, ansonst er an den Ofener Wein gebunden ist. Merkt er es nicht, so wird man ihm allerdings keine culpa zur Last legen können, denn die Unkenntniß der Weinsorten kann gewiß Niemandem zum Vorwurf gereichen, wenn er einmal seine ermüdeten Glieder erfrischen will — hier bleibt also der Dissens bestehen. Was er in diesem Falle zahlen muß, ergibt sich ex aequo et bono — denn auch der nichtige Vertrag hat Rechtsfolgen, wenn auch nicht die normalen Rechtsfolgen. Er hat natürlich mindestens zu zahlen, was der offene Wein kostet, aber er hat noch ein den Umständen entsprechendes Plus zu zahlen — denn er hat auch den feurigen Ungarwein gekostet, und dieser hat ihm vielleicht etliche Flaschen des gewöhnlichen vino nostrale ersetzt.

Ein anderer, namentlich in England viel besprochener Fall ist es, wenn auf dem Billet oder auf der Rückseite desselben Clauseln enthalten sind und der Reisende solche nicht gelesen hat. Hiervon wird am besten unter dem englischen Recht gehandelt werden (S. 251).

Dafür, daß in solchen Fällen der Contrahent sich nicht auf seinen Irrthum berufen kann: daß also ein Contrahent trotz des Dissenses an seine Erklärung gebunden ist, wenn nicht mehr res integra ist, und wenn ihm dabei eine culpa und zwar eine erhebliche culpa zur Last fällt: dafür spricht eine treffende Analogie [1]) des römischen Rechts, nämlich die Analogie der prae-

1) Dieselbe ist bereits vielfach herbeigezogen worden, insbesondere auch von Hartmann in diesen Jahrb. XX S. 57 f.

positio institoris [1]). Wer aus Verträgen des institor nicht gebunden sein will, muß dafür sorgen, daß dies in einer sicheren Weise dem Publikum bekannt wird. Benimmt er sich dabei lässig, sorgt er nicht dafür, daß der öffentliche Anschlag, welcher seine Erklärung enthält, stets deutlich lesbar ist, so muß er — nicht etwa das negative Vertragsinteresse ersetzen, sondern er haftet mit der actio institoria: si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit, institoria locum habebit. Und wenn der dominus alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, d. h. wenn er durch ständiges Hin- und Herreden Verwirrung anrichtet: danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes [2]). Umgekehrt wird aber auch darauf keine Rücksicht genommen, wenn der Anschlag richtig gemacht ist und einer sich ausreden will, er habe ihn nicht gelesen oder beachtet: si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur; fr. 11 § 3 f. de inst. act. Gerade hier tritt aber noch eine sehr lehrreiche Erscheinung ein. Wer auf solche Weise contrahirt, der contrahirt mit dem institor in der Meinung, daß er die actio institoria gegen den dominus erwerbe, während in der That eine Verpflichtung des dominus nicht eintritt, sondern nur eine Verpflichtung des institor — gewiß eine

1) Vgl. auch fr. 30 pr. ad SC. Velej. Unhaltbares bei Scheiff a. a. O. S. 15.

2) Vgl. auch fr. 1 § 5 de exercit act.: omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui, alioquin contrahentes decipientur: et facilius hoc in magistro quam institore admittendum propter utilitatem — — — — eo usque producendam utilitatem navigantium. Also die Verkehrsinteressen sind entscheidend: wer einen Kapitän aufstellt, kann keine Clauseln beifügen, welche mit der nothwendigen Sicherheit des Seeverkehrs im Widerspruch stehen.

sehr empfindliche Differenz. Wird hier der Vertrag für nichtig erklärt? Nein, der Contrahent non audietur, er wird behandelt, als ob er den Avis gelesen hätte: der dominus haftet nicht und der Contrahent ist gebunden. Aber auch der erste Fall bietet eine ähnliche Erscheinung: der dominus will aus gewissen Geschäften des institor nicht gebunden sein, er erklärt dies auch öffentlich — aber er sorgt nicht dafür, daß diese Erklärung in einer Weise stattfindet, welche zur Kenntniß des Dritten gelangt. Hier handelt es sich allerdings nicht um einen Vertragsdissens: die Erklärung des dominus ist eine einseitige Erklärung: einseitig ist die Präpositionserklärung und einseitig ihre Beschränkung — aber obgleich die praepositio nur als eine praepositio mit Beschränkung gewollt ist, obgleich der Wille nur auf eine Haftung aus dem Geschäfte A geht, so haftet der dominus doch auch aus dem Geschäfte B, weil er schuldhaft versäumt hat, die Beschränkung zur Kenntniß zu bringen. Damit ist genügend zum Ausdruck gebracht, daß im Fall eines solchen Verschuldens eine Haftung eintritt, eine Vertragshaftung, auch bezüglich solcher Geschäfte, für welche der Betreffende die Haftung nicht gewollt hat. Man hat nun allerdings hiergegen geltend gemacht [1]), daß die praepositio institoria eine Erklärung nach außen hin sei, welche daher ebenso, wie sie gegeben wird, auch nach außen zurückgezogen werden müsse. Allein hier handelt es sich nicht etwa bloß um den Fall einer in voller Weise gegebenen und unvollständig zurückgenommenen praepositio, sondern es handelt sich vor allem um den Fall, wenn der dominus eine praepositio von vorn herein nur in beschränkter Weise geben will [2]): in diesem Fall wird der einseitige Akt der praepositio oder

1) Vgl. beispielsweise Eisele in diesen Jahrb. XXV S. 432 f.

2) Es handelt sich um die condicio praepositionis, vgl. fr. 11 § 5 de inst. act.

des jussus nicht nach Maßgabe des Willens des dominus behandelt, sondern nach Maßgabe der von ihm getroffenen Vorkehrungen und der Art, wie dieselbe von dem Verkehr verstanden werden.

Und was den mit dem institor contrahirenden Dritten betrifft, so will er die Rechtsfolgen nicht nur gegenüber dem institor, sondern vor allem gegenüber dem dominus; versieht er sich nun aber und contrahirt er, obgleich der dominus in genügender verkehrsüblicher Weise die Haftung abgelehnt hat, so ist nichtsdestoweniger sein Vertrag gültig — er ist gültig, obgleich die erwartete Hauptfolge zerfällt. Mithin beweist unsere Stelle völlig, was sie beweisen soll; das römische Recht statuirt hier so deutlich wie möglich: eine Erklärung, welche in Folge eines Verschuldens so gemacht wird, daß sie von dem Dritten in einer anderen Weise verstanden wird, hat die Wirkung, daß der Erklärende sich ein Rechtsgeschäft gefallen lassen muß, welches der Dritte auf Grund dieser Auffassung der Erklärung abgeschlossen hat. Man vergl. auch noch fr. 3 pr. de SC. Maced.: si quis patrem familias esse credidit non vana simplicitate deceptus nec juris ignorantia.

Für die richtige Ansicht kann auch, wie bereits (S. 211) erwähnt, die Behandlung des Stillschweigens als Willenserklärung angeführt werden[1]). Wo immer solches geschieht, sind Fälle in Frage, wo ein Stillschweigen trotz der Gegenabsicht sich als dolus oder als culpa, d. h. als ein verkehrswidriges Verhalten darstellen würde. Auch hier haben die Römer ein culposes Verhalten, welches den Schein der Zustimmung erweckt, so behandelt, daß sie die culpose Partei wie eine zustimmende für

1) Vgl. darüber auch Regelsberger in Endemann's Handbuch II, S. 451, Hartmann im Arch. f. civ. Prax. Bd. 72 S. 161 f.

gebunden erklärten [1]). Das ist ein Princip, dessen Anwendung auch in weiteren Fällen als geboten erscheint. Denn warum sollte der Schein einer Erklärung nur dann einer Erklärung gleichstehen, wenn er durch Stillschweigen hervorgerufen wird, warum nicht auch dann, wenn Jemand leichtsinnig und oberflächlich Dinge spricht, welche den anderen zur Annahme einer bestimmt intentionirten Willenserklärung leiten?

Es ist daher vollkommen richtig, wenn das Oesterreich. bürgerl. Ges.B. § 876 und das Badische Landrecht in a. 1110a den Satz aufstellen, daß ein selbstverschuldeter Irrthum den Vertrag nicht entkräftet, und es ist unrichtig, wenn neuerdings das Reichsgericht v. 25. Juni 1886 (Z. f. franz. C.R. XVII S. 210) den letzteren Satz mit Restriction interpretirt [2]). Auch ist dabei sicher, daß der Beweis des Irrthums und der Entschuldbarkeit denjenigen trifft, welcher sich auf den Irrthum beruft [3]). Viel besser und viel mehr dem Zuge des römischen und heutigen Rechts entsprechend sind diese Sätze, als die Bestimmung des Schweizer Obligationenrechts a. 23, wornach in solchem Falle lediglich Schadenspflicht eintreten soll [4]).

Was ich der Theorie des Schadensersatzes wegen culpa in contrahendo hauptsächlich vorwerfe und was auch von ihren Vertheidigern keineswegs widerlegt wurde [5]), ist Folgendes. Man bezieht sich, um den Einwurf der Unpracticabilität einer solchen Entschädigungspflicht abzuwehren, auf das freie richter-

1) So sagt auch das Badische Landrecht a. 1108b, daß eine stillschweigende Einwilligung in Handlungen liegt, zu denen man nur unter der Voraussetzung der Beistimmung veranlaßt oder berechtigt sein kann.

2) Hiergegen mit Recht auch Hachenburg, Bad. Landrecht S. 198. Vgl. auch die hier cit. Entsch. des Reichsgerichts v. 12. Januar 1886.

3) Vgl. Reichsgericht v. 14. Okt. 1884 in den Badischen Annalen Bd. 51 (1885) S. 101 f., 104.

4) Vgl. auch schon Preuß. Landr. I 4 § 79, 82.

5) Vgl. z. B. Unger in Grünhut's Zeitschr. XV S. 681 f.

liche Ermessen. Allein gerade hierin liegt die größte Mißstand, daß die Parteien damit dem Processe verfallen sind, daß Processe fast unvermeidlich werden. Das war in Rom etwas anderes zur klassischen Zeit mit dem Prätor auf dem Forum und der Verweisung an den judex; aber heutzutage mit unserem Internalleben, wo ein jeder Proceß in die Akten des Gerichts kommt und bei dem unvermeidlichen Apparate processualischer Kräfte Proceßkosten von beträchtlicher Höhe entstehen, verhält sich die Sache wesentlich anders. Wir erkennen es nicht als das Naturgemäße an, daß der Anspruch zur actio wird, daß er in das Fahrwasser des Processes geleitet wird. Je höher wir den Proceß als Einrichtung stellen, je mehr wir überzeugt sind von der ungeheuren Segnung, welche der Menschheit zu Theil wurde, als sie von der Selbsthülfe zum Processe überging, um so mehr müssen wir hervorheben, daß der Proceß nicht das Brot des gewöhnlichen Lebens ist, welches Tag für Tag im Hause des Bürgers erscheinen soll, sondern ein Kampf, der, wenn zur Wahrung des Rechts unvermeidlich, allerdings mit Kraft und Nachdruck geführt werden soll. Der Proceß steht als Staatseinrichtung viel zu hoch, als daß er Tag für Tag in das Leben des Menschen eindringen sollte.

Darum halten wir es für verfehlt, wenn civilistische Rechtssätze in der Art gestaltet sind, daß sie fast nothwendig zum Processe drängen; und das sind eben solche Rechtssätze, wie die mit dem negativen Schadensersatz, mit dem negativen Vertragsinteresse: wie sich die Situation der betreffenden Partei gestaltet haben würde, wenn sie nicht auf die Wirklichkeit des Vertrages gebaut hätte, ist so schwer festzusetzen, schwimmt so sehr im Nebel von mehr oder minder plausibeln Probabilitäten, daß zwar der Richter hierbei zu Recht kommen wird, die Parteien aber in den allerseltensten Fällen sich verständigen werden, oder wenn sie sich verständigen, die Gefahr sehr nahe liegt,

daß sich der weniger Gewandte und Beherzte durch den Andern täuschen oder in die verschiedensten Aengsten versetzen läßt; kommt es dann zum Processe, so machen die Kosten oft mehr, als der Schaden betrüge, wenn die Parteien sich sofort als gebunden gewußt hätten. Ich erinnere mich beispielsweise an einen Proceß wegen Christbäumchen, wo beim Kaufe ebenfalls irgend eine Verwechslung vorgekommen war. Der Proceß machte viele Mühe; ich war noch ein jugendlicher Jurist, und das negative Vertragsinteresse galt mir als eine wahre juristische Labsal. Die Christbäumchen waren in Folge dessen nicht angenommen worden, der Verkäufer hatte sie auf den Markt gelegt, die Schuljugend zankte sich um die Zweige; wäre es nicht besser gewesen, wenn in solchem Falle der Vertrag trotz der Verwechslung von Anfang an bestanden hätte und als bestehend erkannt worden wäre?

Ich würde es daher für das Richtige erachten, in den Fällen eines erheblichen Verschuldens den Vertrag bestehen zu lassen; wogegen man vielleicht für Nothfälle das Moderamen einführen könnte, daß bei sehr erheblichem Mißverhältnisse zwischen dem Schaden des Irrenden (falls er an den Vertrag gebunden wäre) und dem Schaden des andern Theils (falls der Vertrag rückgängig gemacht würde), der Irrende aequitatis ratione das Recht erhielte, gegen völlige Entschädigung den Vertrag rückgängig zu machen. In derartigen Fällen wird auch meistens die Coulanz des Verkehrs einer solchen Abwicklung entgegenkommen [1]).

Eine andere Frage ist es, ob, wenn ohne erhebliches Verschulden des einen Theiles eine Verwechslung stattgefunden hat,

1) Man vgl. auch den Vorschlag von Bähr, Zur Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (aus Krit. Vierteljahrsschrift N. F. XI 3 u. 4) S. 14 f.; vgl. auch Hartmann im Arch. f. civ. Prax. Bd. 73 S. 329 f.

nicht mindestens eine Entschädigungspflicht eintritt. Damit sind wir allerdings auf das Gebiet des Processes verwiesen, und es kann sich nur fragen, ob in solchen Fällen eine Abhülfe so dringend ist, daß diese Mißlichkeit in Kauf zu nehmen ist. Ich würde mich nun hier zu einer Entschädigungspflicht verstehen, sofern man ein erhebliches Interesse des anderen Theiles voraussetzt und dieser andere Theil selbst ohne alles Verschulden war. Unter dieser Voraussetzung aber würden wir nicht nur im Fall einer culpa, sondern stets dann eine Entschädigungspflicht statuiren, wenn der eine Theil durch ein verkehrswidriges Verhalten zu der Verwechslung Anlaß gegeben hat, insbesondere also, wenn seine Bezeichnung der Sache eine ungewöhnliche, im Verkehre seltene war; wenn er nicht so nachdrücklich, als es zu erwarten ist, auf einen bestimmten Punkt hingewiesen hat, wenn er Abkürzungen gebraucht hat, welche im Verkehr mißverstanden werden u. dgl. Man denke sich beispielsweise den Fall, daß Jemand an den Arzt telegraphirt hat: Morgen kommen, besser heute, und der Arzt würde dies so verstehen, daß er morgen, oder wenn möglich heute kommen solle; oder es telegraphirt Jemand in übel angebrachter Abkürzung: Komme morgen, indem er sagen will: Ich komme morgen, u. a. In allen solchen Fällen ist eine Haftung für Ersatz zu statuiren, aber unter der Voraussetzung, daß ein erheblicher Schaden entstanden ist. Man darf hier nicht wegen jeder Kleinigkeit nach Abhülfe rufen; nicht jede vergeblich bezahlte Droschke oder Pferdebahn bedarf der Abhülfe; kleinere Schäden heilt der Verkehr von selbst; ein jedes Geschäft hat eine solche Menge von faux frais, daß es unangemessen wäre, wegen jeder Kleinigkeit den Entschädigungsapparat in Uebung zu setzen. Man denke sich aber den Fall, daß eine Waare, welche A. heute leicht veräußert hätte, morgen entwerthet wäre, man denke sich den Fall, daß ein Arzt, dessen Zeit kostbar ist, falsch bestellt worden ist, daß in Folge von Mißverständnissen der

richtige Gegenstand nicht geliefert wurde und nun in aller Eile gegen erhebliche Kosten von auswärts beschafft werden muß u. a., und man wird finden, daß die Rechtsordnung Gelegenheit genug finden wird, ihre ausgleichende Funktion auszuüben, wenn sie sich auch wohl hüten muß, den Bagatellen des Lebens ungewöhnliche Bedeutung beizumessen [1]).

Bezüglich der Nichtverkehrsgeschäfte, insbesondere bezüglich der Familiengeschäfte, namentlich der Ehe müssen besondere Sätze gelten. Hier kann der culpose Irrthum nicht zur ehelichen oder familienrechtlichen Gebundenheit führen. Hier handelt es sich um Dispositionen, welche über der Culpahaftung der Parteien stehen, es handelt sich um Interessen, welche eine Partei nicht durch ihre culpa aufs Spiel setzen kann, welche eine Partei überhaupt nicht in die Verfügung irgend eines Zufalles legen kann, auch nicht eines Zufalles, in welchen ihr Verschulden hineinspielt. Wer daher aus Irrthum eine Eheerklärung abgibt, sofern er beispielsweise glauben sollte, daß der Standesbeamte kein Standesbeamter, sondern ein lediglicher Scheinfigurant wäre, der hat keinen Ehewillen abgegeben und kann auch trotz seines etwaigen culposen Verhaltens nicht als ein Consentirender betrachtet werden; ja selbst ein solcher nicht, welcher etwa doloser Weise handelt, indem er einen Figuranten kommen ließ, um den anderen Theil in eine Scheinehe zu verwickeln, während der andere Theil wirklich mit dem wahren Standesbeamten anrückt: trotz des Dolus läge keine Eheconsenserklärung und kein Surrogat der Eheconsenserklärung von Seiten desjenigen vor, welcher bloß einen Scheinfiguranten

1) Wie sich dies Alles zum Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches § 95 ff. verhält, ergibt sich von selbst. Auch abgesehen von der verfehlten Fassung, erachten wir den Entwurf für sehr verbesserungsbedürftig. Insbesondere halten wir dafür, daß das Gesetzbuch die Sache nur in ihren Grundzügen, nicht in wissenschaftlichen Ausführungen zu geben hat.

vor sich glaubte. Es beruht dies auf dem nämlichen Gedanken, wie die oben besprochene Entscheidung des Papstes Innocenz III., und insofern hat sie noch heutzutage ihre praktische Bedeutung. Ebenso ist es bei den übrigen familienrechtlichen Verträgen und Verfügungen [1]).

Auch bezüglich des Testamentes gelten besondere Sätze. Daß bei einseitigen Erklärungen mortis causa die Rechtsordnung vorzüglich auf die mens testantis Rücksicht nimmt, ist von selbst klar; denn der Zweck des Testiraktes ist ein ganz anderer als der Zweck der Verkehrsgeschäfte: es handelt sich nicht darum, confluirende Parteiakte zu versöhnen, sondern der Vermögensautonomie einen größeren oder geringeren Spielraum zu geben. Aber nicht um einen principiellen Unterschied zwischen Geschäften inter vivos und mortis causa handelt es sich hier, sondern um die naturgemäße Berücksichtigung des Zweckes und der socialen Funktion der verschiedenen Institute. Man vgl. die von mir Jahrb. XVIII S. 158 cit. Stellen, sodann fr. 47 § 1 leg. I, fr. 69 pr. leg. III, fr. 17 pr. de dote prael., fr. 18 pr. de annuis, fr. 27 § 2 und 4 de instr. leg., fr. 25 § 11, fr. 32 § 4 de auro, fr. 28 § 3 de lib. leg., fr. 80 (78) § 12 ad SC. Trebell., fr. 12 de his quae ut indign., fr. 19 de adq. rer. dom., und vgl. namentlich fr. 30 leg. II, fr. 8 § 8 de pec. leg.: hoc utrumque Julianus secundum voluntatem testatoris scribit; fr. 26 pr., fr. 32 § 6, fr. 41 (cf. 38) de usu et usufr., fr. 17 § 2 de manum. testam.; Quinctil., Inst. orat. VII 6 § 9 f.: In testamentis et illa accidunt, ut voluntas manifesta sit, scriptum nihil sit. — — Id quoque, quod huic contrarium est, accidit nuper, ut esset scriptum, quod appareret scriptorem noluisse: Qui sestertium nummum quinque milia

1) Vgl. auch c. 2 de emancip. liber.

legaverat, cum emendaret, sublatis sestertiis nummis, argenti pondo posuit, quinque milia manserunt. Apparuit tamen, quinque pondo dari voluisse, quia ille in argento legato modus et inauditus erat et incredibilis [1]).

Uebrigens wird auch hier nicht bloß nach der Absicht des Testators interpretirt, sondern es tritt in Ermangelung einer Absicht oder bei Unmöglichkeit der Erkundung derselben das Recht ergänzend ein, wobei die Denkrichtung des Testators zu Grunde gelegt wird; fr. 39 § 1 de cond. et dem.: si non appareat, quid mortuus senserit, in ejus municipii foro faciendum, in quo is qui testamentum fecerit domicilium habuerit; fr. 24 (25) de reb. dub.: cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est; fr. 75 leg. III: si neque ex consuetudine patris familiae neque ex regionis, unde fuit, neque ex contextu testamenti possit apparere. Vgl. auch fr. 50 § 3 leg. I: ipsius patris familias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est. Aehnlich verhält es sich mit fr. 101 pr. de condit., denn hier wird ein ungedachter Gedanke des Testators aus seinem Denkkreise hervorgezogen: der Testator hatte an den Fall, wie er sich ereignete, gar nicht gedacht. Ferner fr. 18 (17) § 4 ad SC. Trebell.: hoc ex dignitate et ex voluntate et ex condicione ejus qui fideicommisit accipiendum erit. Ferner kommt auch hier in Betracht, daß die Rechtsordnung einem bestimmten Resultate mit Vorliebe zusteuert und, diesem entsprechend, im Falle der Unsicherheit, eine bestimmte Erklärung subintelligirt; vgl. z. B. fr. 24

1) In Sueton. Galba c. 8 ist von einem Machtspruch, keinem Rechtspruch die Rede.

§ 8 de fideicomm. lib.: cum ex praesumptione libertas praestita esse videtur. Daher auch die Aushülfe in fr. 37 § 1 leg. I: besser, man läßt die Sache in der Wahl des Erben, als daß das ganze Legat zusammenbricht.

Auch bei Schenkungen wird man die einseitige mens donatoris viel bedeutender berücksichtigen dürfen als bei Verkehrsgeschäften — natürlich; handelt es sich doch um eine Liberalität, bei welcher der Schenker, wenn er überhaupt gebunden sein soll, so mild und schonend als möglich zu behandeln ist. Stellen, wie c. 10 de donat., können daher nicht ohne weiteres für Verkehrsgeschäfte allegirt werden: nec ignorans nec invitus quisque donat. Vgl. auch noch fr. 2 § 7 de donat., auch c. 2 de emancip.[1]).

Ist das Geschäft nach den angegebenen Rücksichten individualisirt, sind hiernach die Daten gegeben, welche die Charakteristik des Rechtsgeschäfts bilden — dann tritt der Causalismus der Rechtsordnung in Thätigkeit; jetzt entwickeln sich Rechtsfolgen, wie sie die Rechtsordnung für entsprechend hält, nicht nur mit Rücksicht auf die Zwecke, welche die Parteien erreichen wollen, sondern mit Rücksicht auf die Zwecke, welche die Rechtsordnung überhaupt unterstützen und zum Gedeihen bringen will[2]). Da treten nun oft Rechtsfolgen zu Tage, an welche die Parteien nicht gedacht: Pertinenzen folgen der Hauptsache, Hypotheken kämpfen mit Hypotheken, dingliche, obligatorische Verhältnisse entstehen, Pflichtenverhältnisse flechten sich in die Beziehungen der Parteien, die Verpflichtungen werden solidare

1) Vgl. auch Bähr, Beurtheilung des Entwurfs (Sep.-A. aus Krit. Vierteljahresschrift N. F. XI 3 u. 4) S. 18.

2) Ich spreche von dem Causalismus der Rechtsordnung — denn die Rechtsordnung ist ein geistiges Ganze, welches sein gesetzmäßiges Walten aufweist, und zwar ein Walten in gesetzmäßiger Entwicklung, so daß die eine Erscheinung gesetzmäßig auf die andere folgt: also ein geistiger Causalismus, wie auch auf anderen Gebieten des geistigen Lebens.

oder nicht solidare, der eine Akt hebt zugleich zwei Verbindlichkeiten oder läßt die eine bestehen — alles, wie es den Grundsätzen der Gerechtigkeit entspricht; von verschiedenen Miterwerbern erwirbt der eine die eine Quote, der andere die andere u. s. w. Allüberall tritt die Uebermacht der Rechtsordnung zu Tage, sobald sie durch den rechtsgeschäftlichen Anstoß erregt wird — ganz ebenso, wie der Naturcausalismus ins Rollen kommt, wenn die menschliche Kraft an die Pforten der physischen Natur angeschlagen und ihre Mächte in Bewegung gebracht hat.

Doch die Weiterführung dieser Ideen gehört an einen anderen Ort. Hier galt es nur, zu zeigen, wie sehr die Jurisprudenz auf dem Irrwege war, als sie, immer noch von naturphilosophischen Ideen getragen, das Recht auf den Individualismus bauen wollte. Insbesondere ist es unrichtig, wenn Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 12 f. es als der Natur der Sache entsprechend annimmt, daß „für die Rechtsverhältnisse einer Person maßgebend ist ihr Wollen, nicht aber der Schein ihres Wollens". Die Natur der Sache wird durch die Zwecke des Rechtslebens gegeben, und diese gestatten eben dem Willen der Partei keine so intensive Bedeutung, daß dieser Wille für ihre Rechtsverhältnisse schlechthin entscheidend wäre; vielmehr ist der Wille nur eines der Elemente, welche das Getriebe der Rechtsordnung bewegen; und das, was für das Ganze entscheidend ist, ist nicht, was der Einzelne will, sondern was die Rechtsordnung in Ausgleichung der collidirenden Interessen der Einzelnen als das Wirksamste und Förderlichste erklärt.

V.

Rechtsfolgewille. Fortsetzung.

Dies ist denn auch der durchgreifende Zug unserer Jurisprudenz, wie es der durchgreifende Zug der römischen Juris-

prudenz gewesen ist. Denn die Art der Vertragsauslegung bei römischen Juristen zeigt klärlich, daß sie einen Vertrag annehmen, auch wenn von einem totalen Zusammenstimmen beider Theile in Bezug auf die juristischen — oder auch nur in Bezug auf die empirischen Folgen des Vertrags keine Rede ist. Die Jurisprudenz hilft sich: habt ihr Verschiedenes darunter verstanden, so wird nach dem einen oder nach dem andern interpretirt — je nachdem dies den Lebensverhältnissen am gemäßesten ist; und wenn du eine davon verschiedene Auffassung zur Geltung bringen wolltest, so war es deine Sache, dich genauer auszudrücken. Der Verkehr hat keine Zeit, bei jedem Vertrag eine Herzensuntersuchung vorzunehmen: wer sich bei Vertragsabschluß nicht verkehrsmäßig benimmt, über den rollt das Rad des Verkehrs hinweg. So war es zu der Römer Zeiten, so ist es heutzutage, und die doktrinären Ausführungen der Römer über pactum und anderes sind eben verunglückte wissenschaftliche Versuche, mit welchen wir uns nicht weiter zu befassen brauchen. Die Römer haben so gut argumentirt, als sie konnten; argumentiren wir, wie wir vermögen.

Bezüglich der Praxis muß ich aber eines vorausschicken. Es ist ein völlig unrichtiges System, lediglich die Urtheile in Seuffert's Archiv u. a. zu berücksichtigen und hiernach zu entscheiden, ob sich in der Praxis eine Anschauung gebildet habe oder nicht. Die Praxis wird nicht allein regirt von den Entscheidungen, welche publicirt sind, auch nicht bloß von den Entscheidungen der höchsten Instanzen; ja sie wird nicht bloß markirt durch die Differenzen, welche zur Entscheidung kommen, sondern auch durch die Differenzen, welche nicht zur Entscheidung kommen: die Praxis wird auch durch die Thätigkeit der Anwälte markirt, und dies gerade in unserer Materie in hervorragendem Maße. Ich frage: Wie viele Anwälte werden es über sich nehmen, einer Klage in dem Sinne zu erwidern: der Beklagte

hat der Offerte des Klägers seiner Zeit äußerlich zugestimmt, aber er hat sich ganz andere Rechtsfolgen gedacht, mithin ist wegen Dissenses ein Vertrag nicht zu Stande gekommen; oder auch nur: er hat sich dabei andere thatsächliche Folgen vorgestellt, und deßhalb ist wegen Dissenses ein Vertrag nicht perfekt geworden? Und wenn ein Anwalt einen solchen Einwand erheben möchte, wie viele Gerichte, insbesondere wie viele Handelsgerichte werden überhaupt eine nähere Widerlegung für nöthig halten: etwa wenn der Beklagte geltend machen würde, er habe den Verkauf einer Wirthschaft dahin verstanden, daß nur das Local, nicht auch die darin enthaltenen Wirthschaftsgeräthe verkauft seien; oder den Verkauf eines Handelsgeschäfts dahin, daß er die Activen ohne die Passiven übernehme u. s. w.? Man würde einfach entgegenhalten, daß in allen solchen Fällen das Geschäft nach dem gewöhnlichen Verkehrsverstande zu interpretiren ist, daß, wer solche Geschäfte abschließt, sich nach der Auffassung des Verkehres richten müsse und, wenn er eine davon verschiedene Meinung hat, er sie zu äußern habe.

Will man daher den Zug der Praxis kennen lernen, so genügt es durchaus nicht, die oberstgerichtlichen Entscheidungen zu prüfen — man erkundige sich bei den Personen, welche in reicher Praxis sind oder gewesen sind; und wenn man systematisch verfahren will, so veranstalte man einmal eine Enquete — eine Enquete über Nichtigkeit des Vertrages wegen thatsächlichen oder rechtlichen **dissensus partium** — der Ausfall einer solchen Enquete kann nicht zweifelhaft sein [1]). Schon der Umstand, daß solche Dissensprocesse so selten sind

---

1) Man sehe auch, wie Autoren, welche einen Intentionsbeweis zulassen, denselben, sobald es sich um die praktische Anwendung handelt, möglichst beschränken, fühlend, auf welch unsicheres Terrain man hiebei geräth; z. B. Hoffmann, Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. VIII S. 278 f.

und sich meist nur auf Fälle beziehen, wo der Dissens sich auf die gedachten Grundelemente des Vertrages erstreckt [1]: schon dies zeigt deutlich, daß der Zug des Rechtes nicht dahin geht, dem individuellen Willen die Herrschaft zuzuerkennen. Abgesehen von solchen Fällen, behilft man sich in der Praxis meist mit der Interpretation der Verträge, man interpretirt sie nach der herrschenden Verkehrsanschauung, nach dem, was die **bona fides** erstrebt; man legt sie aus nach den Regeln, wornach mehr für den einen oder andern der Contrahenten zu interpretiren ist. Auf solche Weise bleiben die Verträge in Kraft. Die übliche Consenstheorie ist thatsächlich ein Hemmniß der Praxis, welches baldmöglichst überwunden werden möge; denn es würden große Unzuträglichkeiten entstehen, wenn solche unrichtige Theorieen in die Praxis einfiltrirten und die Praxis aufhörte, ihrem Rechtsinstinkte zu folgen [2]); schon aus diesem Grunde ist die Darlegung der richtigen Theorie eine der wichtigsten Aufgaben — ganz abgesehen davon, daß es Aufgabe der Theorie ist, „an Stelle des instinktiven Dämmers das helle Licht der bewußten Erkenntniß zu setzen" [3]). Und wenn Regelsberger (Endemann's Handb. II S. 404 Note 1) entgegenhält, daß die Schwierigkeit, für jedes Rechtsgeschäft das Minimum von Rechtsfolgen aufzuzeigen, dessen Wollen

---

1) Vgl. ROHG. v. 5. April 1875 Entsch. XVI S. 343 f. und die bereits cit. Entscheidung des Reichsgerichts v. 25. Juni 1886. Die Entsch. des Reichsgerichts v. 6. Juli 1880 enthält nach dem Referat in Z. f. franz. CR. XII S. 610 einen Fall, wo A einen verzinslichen Kaufpreis gefordert, B einen solchen Kaufpreis ohne Zinsen bewilligt hatte; wie es scheint, fehlte es hier an der äußerlichen Coincidenz der beiden Parteiäußerungen, nicht bloß an der innern Uebereinstimmung der Erklärungen. Vgl. auch die oben (S. 216) cit. Entsch. des Bayer. Oberst. Landesgerichts v. 6. Decbr. 1881 Entsch. IX S. 400, sowie die Entsch. in Hachenburg, Badisches Landrecht S. 197 f.

2) Vgl. auch treffend Leonhard in der Schrift über Irrthum S. 122 f.

3) Meine Arbeit in diesen Jahrb. XVIII S. 145.

unentbehrlich ist, sich im praktischen Leben weit einfacher löse, als der Theoretiker auszumalen liebe, so weiß ich als ehemaliger Praktiker sehr wohl, daß die Schwierigkeiten in der Praxis allerdings deßhalb weniger hervortreten, weil man nothgedrungen, und um nicht mit ständigen Annahmen von Dissensen und Nichtigkeiten zu den größten juristischen Unzuträglichkeiten zu kommen, sich aus der Umfassung der unrichtigen Theorie zu befreien weiß. Unsere Aufgabe als Theoretiker ist es aber, eine Theorie zu construiren, welche dem praktischen Rechtsleben entspricht, nicht eine solche, welche mit der Praxis in Widerspruch steht.

Doch wir können auch aus den publicirten Entscheidungen bereits Zeugnisse dafür aufrufen, daß die heutige Praxis von den richtigen Rechtsideen beherrscht ist.

Was zunächst den Fall betrifft, wo der Versprechende innerlich der Meinung ist, daß sein Versprechen bloß moralische, nicht auch schon juristische Bedeutung habe, oder daß sein Versprechen ein beliebig revocables Versprechen sei [1]), solange es noch nicht urkundlich festgestellt ist, so berufe ich mich auf ein vortreffliches Urtheil des Badischen Oberhofgerichts v. 13. Septbr. 1877 — Bad. Annalen 1877 Bd. 43 S. 337 f. Bezüglich eines Gasthauses im badischen Schwarzwalde waren mit einem Restaurateur in Bern Unterhandlungen gepflogen worden; es wurde auch bezüglich der (ideellen) Hälfte desselben ein Vertragsentwurf in Bern aufgesetzt, und beide Theile fuhren mit Bekannten von Bern nach dem badischen Schwarzwalde, wo das Gasthaus lag. Hier sollte nun auf einem

1) Vgl. oben S. 192. Thomsen, Die rechtliche Willensbestimmung S. 8 allerdings glaubt nicht, „daß sich eine erhebliche Reihe gemeinrechtlicher Juristen finden läßt, welche jenem Akte, der offenbar ohne allen Verpflichtungswillen vorgenommen ist, Rechtsverbindlichkeit zuzusprechen geneigt wären“.

Ausfluge Folgendes abgesprochen worden sein: der Kläger habe gefragt: „gilt unsere Sache laut dem schriftlichen Vertrage als abgemacht, wirst du den Vertrag halten?“ der Berner Restaurateur habe erwidert: „ich halte und unterzeichne den Vertrag, hier hast du meine Hand darauf“; er habe ihm die Hand gegeben, und Beklagter habe eingeschlagen.

Es handelte sich um die Gültigkeit des Vertrages; hierbei kam als bedeutsam in Betracht, daß das Berner Recht zur Gültigkeit von Liegenschaftskäufen schriftliche Abfassung verlangt; daher mochte der Beklagte immerhin vermeinen, daß der Vertrag erst mit der schriftlichen Abfassung juristisch bindend sei. Wie das Oberhofgericht entschieden hat, ergibt sich aus nachfolgenden Gründen [1]: „Es leuchtet aber ein, daß aus allen diesen Umständen doch nicht eine unter den Parteien bestehende Einigung darüber entnommen werden kann, daß der Vertrag **nur** schriftlich abgeschlossen werden dürfe, und die auf den Eid gegebene Vereinbarung läßt in völlig unzweideutiger Weise erkennen, daß die Parteien damit den schriftlich aufgesetzten Vertrag mündlich definitiv zum Abschluß bringen und die Unterzeichnung nur noch als Vollzug, behufs der Beweislichkeit und Erleichterung des Eintrags zum Grundbuche, folgen lassen wollten. Zu einem andern Ergebniß führt auch nicht die Berücksichtigung des vom Beklagten angezogenen Satzes des Berner Civilrechts, wornach Liegenschaftskäufe nur schriftlich gültig abgeschlossen werden könnten. Daß das Berner Gesetz keine unmittelbare Anwendung finde, wurde bereits oben gezeigt. Es könnte aber je nach den Umständen für die Erforschung des Vertragswillens der Parteien von Bedeutung sein. Nun ist aber dieses Recht für die Absicht des Beklagten

1) Badische Annalen a. a. O. S. 338, 339, 340 (mitgetheilt von Wüstenfeld).

deßhalb nicht entscheidend, weil dieser von Anfang an wußte, daß es sich um eine in Baden gelegene Liegenschaft handle, und weil zudem der etwaige Vertragsabschluß auf badischem Gebiet, wohin sich die Parteien zur gemeinschaftlichen Besichtigung des fraglichen Gasthauses unter Zuzug einiger Freunde des Beklagten begeben wollten, in Aussicht stand. Völlig unerheblich ist das Berner Recht aber für die Vertragsabsicht des Klägers, was keiner Ausführung bedarf. Sollte der Beklagte, ungeachtet Alles darauf hinwies, daß er unter der Herrschaft des badischen Rechts contrahire, dennoch geglaubt haben, er könne von jener mündlichen Vereinbarung, den schriftlich aufgesetzten Kauf zu halten, bevor er nicht unterzeichnet habe, wieder abgehen, so wäre er keineswegs berechtigt, wie dies in der Oberappellationsbeschwerde geschehen, von einer Falle, in die man ihn gelockt habe, zu sprechen, sondern er hätte diesen Irrthum lediglich seiner eigenen Unbedachtsamkeit zuzuschreiben."

„Ist hiernach mit Recht die Entscheidung von dem zugeschobenen Eide abhängig gemacht worden, so erübrigt es nur noch, den fürsorglichen Antrag des Oberappellanten zu prüfen, daß die der Darstellung des Klägers sich anschließende, den fraglichen Vertragsabschluß mit dem ganzen Inhalt der Abrede umfassende Eidesformel darauf beschränkt werden möge, daß als nicht wahr nur zu beschwören sei, daß der Beklagte die Hälfte des .... zu den in der Klage angegebenen Bedingungen dem Kläger abgekauft habe."

„Diese Eidesformel ist der vom Appellationssenat gewählten keineswegs vorzuziehen. Der Beklagte wäre hierdurch verleitet, zu glauben, es sei seiner eigenen Beurtheilung überlassen, ob er sich durch jene mündliche Uebereinkunft endgültig gebunden, das Gasthaus also gekauft habe oder nicht, während die Frage, ob er nach der vom Kläger circumstantiirten mündlichen Ueber-

einkunft vor der Unterzeichnung des Vertrags wieder zurücktreten konnte, vom Richter zu entscheiden war und nach dem Obigen verneint worden ist. Es empfiehlt sich daher in dem vorliegenden Falle, die Beredung ihrem ganzen vom Kläger angegebenen Inhalt nach in die Eidesformel aufzunehmen, wodurch sich gerade der Beklagte, Delat beschwert zu finden keinen Grund hat."

So weit das Mannheimer Erkenntniß. Allerdings darf mit diesem Falle der andere Fall nicht verwechselt werden, wenn der Versprechende überhaupt nur eine verclausulirte Erklärung gibt, welche dahin geht, daß er nur moralisch gebunden sein wolle [1]) — denn ebensogut wie der Versprechende sagen kann, er wolle nach Belieben handeln und ungebunden sein, ebensogut kann er sagen, er wolle lediglich den Antrieben seines Gewissens und seines Rechtsgefühles unterworfen sein. Daran zu rühren, hat das Recht keine Veranlassung; die Rechtsordnung statuirt ja selbst die Kategorie der actiones naturales, und in solchem Falle sagt sie eben, daß eine naturalis, keine civilis obligatio das den Umständen Angemessene sei. Hier handelt es sich nicht um das innere Meinen, hier handelt es sich um eine besondere Art der Erklärung und um die Rechtsfolgen, welche auf diese Erklärung fallen. Eine Hypothese dieser Art entschied der Appelhof Orléans v. 23. April 1842 (bei Dalloz, Répertoire alphabéthique, v. Obligat. nr. 45, Note 1). Ein Notar hatte dem Gemeindevorstand geschrieben, er wolle 20 Jahre lang alle Jahre 20 Mark an die Armen der Gemeinde zahlen, verlangte aber Geheimhaltung. Aus dem ganzen Sachverhalt entnahm der Gerichtshof, daß die Erklärung lediglich als Zusage ex foro conscientiae, nicht als

1) Vgl. Enneccerus I S. 26, welcher hieraus unrichtige Schlußfolgerungen zieht.

rechtliches Versprechen zu betrachten sei: rien dans cette lettre ne manifeste l'intention de s'engager de manière à donner contre lui une action en justice, au cas de la non-exécution complète d'un acte de bienfaisance qui ne devait s'effectuer que successivement dans l'espèce de vingt années, et dont le principe pouvait être anéanti soit par sa mort, soit par suite de mauvaises affaires; que dès lors cet engagement ne constitue qu'une obligation imparfaite qui interesse le for intérieur et la délicatesse, mais qui ne peut lier juridiquement [1]).

In einem andern Falle hatte der Schuldner erklärt, daß er trotz der Dechargirung des Gläubigers das Residuum bezahlen werde; die Erklärung war aber so geartet, daß der Schuldner damit nur eine Ehrenpflicht, keine juristische Zahlungspflicht zum Ausdruck brachte; mindestens konnten darüber Zweifel bestehen: ne s'est pas exprimé de manière à laisser aucun doute sur le point de savoir s'il entendait parler d'un engagement de conscience dont il restait libre de s'acquitter quand il le voudrait, ou s'il se regardait comme obligé par un lien de droit civil que son créancier pourrait réclamer contre liu. In Folge dessen wurde die Klage abgewiesen; so Appellhof Lyon, 12. März 1875, bestätigt vom Cassat.-Hof 13. Decbr. 1875, R. de Couder, Pand. franç. V, P. 1, p. 232 f., 234.

Noch leichter ist es mit den zahlreichen Zusagen des bürgerlichen Lebensverkehrs, in welche überhaupt das scharfe Erz des Rechts nicht hineinragen darf: Zusagen über Besuch, über Diners, über Beihülfe zum Aussuchen von Teppichen oder Möbeln u. s. w. Wie Jemand nicht vor den Richter gestellt

1) Dazu kommt allerdings, daß in Frankreich die Schenkung einer besonderen Form bedarf.

werden kann, wenn er ungeschickterweise beim Familiendiner einer Dame Rothwein über das Kleid gegossen hat, so auch nicht, wenn er an einem Diner nicht theilnimmt, obgleich er zugesagt und obgleich er versprochen hat, die Gesellschaft durch seine Mitwirkung bei musikalischen Produktionen zu erheitern. Vgl. auch **Anson**, Law of Contract p. 22.

Ganz ebenso verhält es sich in den Fällen, in welchen ein Fabrikherr auf der einen Seite eine Prämie aussetzt für bestimmte Leistungen, auf der anderen Seite aber erklärt, frei sein zu wollen: hier erklärt derselbe, daß er Herr im eigenen Hause bleiben wolle; seine Erklärung besagt deutlich genug, daß das Recht mit seinem Finger in das Internum seiner Disciplin nicht eingreifen und ihn nicht als Schuldner binden darf. Richtig hat daher auch hier der französische Cass.-Hof v. 15. April 1872 [1]) entschieden, daß in solchem Falle kein Klagrecht erwächst, sollte auch der Fabrikherr in ähnlichen Fällen regelmäßig die Prämie bezahlt haben.

Entsprechend entscheidet auch das englische Recht; so insbesondere in der Sache Roberts v. Smith [2]). Ebenso in der Sache Week v. Tibold: hier hatte der Beklagte einmal gesprächsweise gesagt, er wolle demjenigen, welcher seine Tochter mit seinem Willen heirathe, 100 Pf. geben; später wurde er von seinem Schwiegersohn verklagt: man soll nicht gebunden sein durch general words spoken to excite suitors [3]).

Aus allem diesem ergibt es sich, daß nicht die Meinung und nicht der interne Wille des Contrahenten bezüglich der juristischen Gebundenheit maßgebend ist, sondern daß die Rechtsordnung mit verständnißvoller Berücksichtigung der Lebensver-

1) R. de Couder, Pandectes franç. V p. 68.

2) Pollock, Principles of Contract p. 43 f.

3) Anson, Law of Contract p. 22.

hältnisse bestimmt, welche Verträge aus sich volle juristische Wirkungen erzeugen, welche nur theilweise — ob also obligationes civiles oder naturales.

Gehen wir nun aber weiter auf die Dissense in Bezug auf den Inhalt der Rechtsgeschäfte über, so sind einige Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts von Bedeutung, insbesondere die Entscheidung im Leipziger Theaterproceß v. 21. April 1874 (Entsch. XII S. 319 f.). Diese Entscheidung halte ich für unrichtig, soweit sie autorrechtliche Fragen betrifft. Darauf ist hier nicht einzugehen, in dieser Beziehung ist bereits anderorts Weiteres entwickelt worden. Was aber die Regeln der Auslegung der Verträge betrifft, so wird ausgeführt, daß „im Zweifel, überall somit, wo ein abweichender Wille der Betheiligten nicht erhellt, das in Fällen dieser Art Uebliche, Gewöhnliche als gewollt" gilt, daß „die unvollständige Vereinbarung demgemäß zu ergänzen, die unbestimmte, unklare, zweideutige demgemäß auszulegen" sei. Darauf wird fortgefahren (S. 339):

„Ob der einzelne Contrahent in voller Kenntniß und klarem Bewußtsein des bestehenden Gebrauchs gehandelt hat, ist unerheblich. Sogar die dem einen oder dem andern Theil, ja beiden Theilen unbekannten, für Verträge der fraglichen Art bestehenden Gebräuche gelten als Bestandtheile der Vereinbarung, sofern aus der Uebereinkunft oder aus den Umständen erhellt, daß nur so, wie der Brauch es mit sich bringt, hat contrahirt werden sollen."

Hier wird zwar darauf hingewiesen, daß die Parteien sich dem betreffenden Brauche unterworfen hätten; allein diese Unterwerfung soll aus der Uebereinkunft oder aus den Umständen hervorgehen. Baut man weiter, so wird man sagen: Wer in solchen Fällen contrahirt, muß sich dem Brauche unter-

werfen, falls er nicht ein Gegentheiliges erklärt, d. h. mit anderen Worten: auch wenn die Parteien an einen solchen Brauch gar nicht gedacht, ihn weder mit Worten noch mit Sinnen zum Gegenstand des Vertrages gemacht haben, so müssen sie sich so behandeln lassen, als hätten sie sich unterworfen. Darauf kommt es hinaus, wenn in Entsch. des ROHG. v. 3. Novbr. 1874 (Entsch. XV S. 251) gesagt ist: „Ließ sich der Kläger auf ein dem Betriebe des Bankiergewerbes angehöriges Speculationsgeschäft ein und ließ er eine Bezeichnung desselben mit Ausdrücken zu, mit welchen die berufsmäßig Handelnden einen bestimmten Sinn verbinden, so mußte im Zweifel angenommen werden, daß er das in Fällen der gedachten Art Uebliche und unter den gebrauchten Ausdrücken handelsbräuchlich Verstandene gewollt hat." M. a. W.: Hat er nichts Entgegengesetztes erklärt, so muß er sich nach dem Handelsbrauch beurtheilen lassen. Wer das nicht will, der schließe keine solchen Geschäfte ab. Aehnlich heißt es nach einer anderen Richtung hin in einer Entsch. v. 17. Decbr. 1872 (Entsch. VIII S. 258): „Diese verschiedenen Thatsachen führen in ihrer Verbindung zu der Ueberzeugung, die Parteien können nur beabsichtigt haben und sind stillschweigend einverstanden gewesen, das streitige Geschäft solle unter den ihnen bekannten Mäklerbedingungen abgeschlossen werden." Richtiger würde es heißen: das Geschäft ist unter Umständen abgeschlossen, daß — ganz abgesehen von dem Wollen und Meinen der Parteien — eine derartige Behandlung des Geschäfts allein den Postulaten der Rechtsordnung entspricht. Das Gleiche würde auch dann gelten, wenn eine der Parteien aus irgend welchen Gründen, z. B. aus einer falsch verstandenen Auskunft, für sich annehmen würde, daß das Geschäft außerhalb der Börsenusancen liege. Vgl. auch ROHG. 29. Sept. 1874 Entsch. XIV S. 301.

Man vergleiche ferner die bereits von anderer Seite richtig betonten Entscheid. des OAG. Berlin bei Seuffert XXIV 30, XXIX 215, 229 [1]); besonders bedeutsam aber scheint uns ein Gutachten des obersten Gerichtshofs Darmstadt von 1857, welches sich über den Intentionsbeweis und seine Zulässigkeit verbreitet [2]). Dasselbe bemerkt: „das Aeußerste jedoch, was man bezüglich solcher Intentionsbeweise einräumen könne, sei das, daß auf die übereinstimmende Absicht beider Contrahenten interloquirt werde, während man durch bloße Berücksichtigung der dem Factum angeblich entgegenstehenden Absicht des einen Contrahenten oftmals zu einer Rechtskränkung des andern gelangen werde."

Entsprechend heißt es auch in einem Urtheile des Reichsgerichts v. 24. Januar 1883 (Entsch. XI S. 288) von einer Entscheidung der Vorinstanz, diese habe „vermuthlich sagen wollen, daß ein abweichender innerer Wille der Beklagten ihrer konkludenten Handlungsweise gegenüber, welche in Verbindung mit dem entsprechenden Verhalten des Klägers jene stillschweigende Nebenberedung in sich geschlossen habe, nicht in Betracht

1) Windscheid, Wille und Willenserklärung, beschäftigt sich S. 40 f. mit den Motiven dieser Urtheile. Allein bei solchen Entscheidungen, bei welchen sich die Praxis aus einer falschen Theorie herausringt, kommt es weniger auf die Motive, hauptsächlich auf die Entscheidung selbst an. Daher ist auch die Entscheidung des OAG. Lübeck v. 28. März 1868 (Kierulff, Samml. IV S. 247 f., 260) bedeutsam, wo angenommen wird, daß, wenn die behauptete Absicht von dem unzweideutigen Wortsinn abweichen soll, dieses nur dann zu berücksichtigen ist, wenn specielle Thatsachen angegeben werden, die einen glaubhaften Anhalt gewähren. Der Beweisprobabilismus steht eben dem sachlichen Probabilismus, d. h. der Annehmbarkeit und Berücksichtigungsfähigkeit im Verkehr nahe, wenn beides principiell auch streng zu unterscheiden ist; und daher ist es begreiflich, daß in der Praxis sehr häufig beides verwechselt wird. Vgl. über die Frage ferner die Entsch. bei Seuffert 34 Nr. 189; 37 Nr. 288; 38 Nr. 207.

2) Archiv f. prakt. Rechtsw. VI S. 167.

kommen würde". In Bezug hierauf wird gesagt, daß dies „dem Rechte vollständig entsprechen" würde.

Auch hier sieht man, wie richtig die Praxis dem Ziele zustrebt, getragen von der richtigen Betrachtung des Lebens, d. h. von dem richtigen Einblick in dasjenige, was die Bonafidenatur des Verkehrs postulirt.

VI.

Daß das englische Recht vollkommen im richtigen Fahrwasser ist, bedarf für denjenigen, welcher den bewunderungswürdigen praktischen Scharfblick der englischen Richter kennt, keiner nähern Ausführung. Der Doctrinarismus hat in der englischen Jurisprudenz keine Stelle; und wenn in England solche Juristen, die längere Zeit als Barrister fungirt und in dem großen Verkehrscentrum gewirkt haben, zu Richtern ernannt werden, so hat dieses den immensen Vortheil, daß der Richter durch eine lange Erfahrung im praktischen Rechtsleben hindurchgegangen ist. Lehrreiche Nachweise bietet Schuster in seinem Aufsatze über den Vertragsschluß nach englischem Rechte im 45. Band von Busch's Archiv S. 317 f. Wesentlich ist nach englischem Rechte nicht, was die Partei gemeint hat, sondern was ein reasonable man, ein mit der gewöhnlichen Einsicht begabter ehrlicher Mann hinter der Erklärung sucht. Wenn Jemand, was auch immer seine Absicht sein mag, sich so benimmt, daß ein reasonable man glauben wird, daß er dem Antrag zustimmt, so ist er gebunden. Das Recht unterlegt einer jeden Person die Intentionen, welche der rationellen und ehrlichen Bedeutung ihrer Worte entsprechen; so die Richter Leake und Blackburn bei Schuster a. a. O. S. 324 [1]).

1) Vgl. auch die interessante Entscheidung des englischen Court of Appeal 7./4. 1879 bei Sebastian, Digest of Cases of Trade mark, p. 399 f.

Insbesondere sagt Blackburn in der Sache Smith v. Hughes [1]): If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's term.

So heißt es in Sache Tamplin v. James (bei Wharton, Commentary on the Law of Contracts, Philadelphia 1882) I § 196 p. 279: Where there has been no misrepresentation, and where there is no ambiguity in the terms of the contract, the defendant cannot be allowed to evade the performance of it by the simple statement that he has made a mistake.

Und Wharton spricht den Satz aus, daß ein einseitiger Irrthum den Irrenden nicht befreit, sofern der andere Theil seine Erklärung in ihrem natürlichen Sinne aufgefaßt hat [2]).

Von besonderem Interesse ist auch die Rectificationsbefugniß der Equity-Gerichte, jetzt der Chancery Division, von welcher auch noch unten (S. 254) zu handeln sein wird.

Ist nämlich nachweisbar eine Urkunde aufgenommen in Abweichung des von beiden Seiten Vereinbarten, betrifft also das Versehen nicht etwa die eine Partei, sondern beide Parteien, sofern sie eine Urkunde unterzeichneten, welche den Vertrag nicht richtig widergibt, so ist ein Antrag in equity statthaft, dahin, daß die Urkunde dem Vertrag entsprechend rectificirt werde. Dies aber nur, wenn der error ein beiderseitiger ist, wenn also beide Theile etwas anderes vereinbart und etwas

1) Bei Anson, Law of Contract p. 127 f.

2) Wharton, Commentary on the Law of Contracts (Philadelphia 1882) I § 202 a p. 294.

anderes niedergeschrieben haben [1]). Nur ausnahmsweise finden sich Entscheidungen, welche dahin steuern, daß bei einseitigem Mißverständniß — nicht die Urkunde rectificirt, aber der andern Partei die Wahl gelassen wird, entweder den Vertrag in modificirter Weise zu halten oder ihn zu annulliren — dieses aber insbesondere dann, wenn diese Gegenpartei nicht frei von Schuld ist [2]).

Auch ein beiderseitiges Mißverständniß kommt nicht mehr in Betracht, wenn die Sache nicht mehr unter den Parteien schwebt, sondern ein dritter gutgläubiger Erwerber — ein Erwerber titulo oneroso — ins Spiel tritt: denn ein solcher hat at least an equal equity to the protection of the Court [3]).

Und ebenso wird angenommen, daß, wer ein Blanket gibt, gutgläubigen Dritten haftbar ist, auch wenn das Blanket seiner Anweisung zuwider ausgefüllt worden ist [4]).

Uebrigens huldigt auch das englische Recht nicht etwa dem rigor juris, als ob es auch bei den wesentlichsten Irrungen, bei Dissensen in den grundlegenden Bestandtheilen des Vertrages eine Vertragsbindung statuirte. Vielmehr erkennt auch das englische Recht an, daß eine Nichtigkeit vorliegt, wenn beide Parteien auseinandergehen in Bezug auf die Art des

---

1) Wharton I § 205 p. 296 f., Pollock, Principles of Contract p. 487 f., Smith, Principles of Equity p. 128, 135, Story, Commentaries on Equity Jurisprud. (2 Edit. Boston 1839) I p. 164 f., 171 f.

2) Anson p. 134 f., Pollock p. 491 f.

3) Smith, Equity p. 129. Ebenso wenn es sich handelt um die Haftung des Bürgen, der dem Vertrage beigetreten ist, Smith p. 130. Vgl. auch Wharton I § 185 p. 260 und § 211 p. 304.

4) Wharton I § 185 p. 260 f. Dasselbe wird angenommen, wenn Jemand nachlässiger Weise eine Unterschrift gibt, in der Meinung, bloß als Zeuge zu unterschreiben. Gutgläubige Dritte sollen dadurch nicht geschädigt werden.

Geschäfts, in Bezug auf die Vertragspersonen oder in Bezug auf den Vertragsgegenstand [1]).

Ein instructiver Fall ist in Sachen Michell v. Lapage. Hier hatte der Makler aus Versehen einen unrichtigen Namen geschrieben, und der Beklagte mußte hiernach annehmen, daß er mit einer andern Person contrahire. Entsprechend wurde erkannt, daß der Vertrag nicht bindend sei, sofern nicht der Beklagte ihn auch mit der unrichtigen bezeichneten Person aufrecht erhalten wolle [2]).

Von Fällen des Error in re ist namentlich folgender interessant. Es war ein gewisses Quantum Baumwolle verkauft worden, welche mit dem Schiffe Peerless von Bombay kommen sollte; Kläger meinte ein Schiff Peerless, welches im December, Beklagter ein Schiff Peerless, welches im Monat Oktober abgehen sollte. Der Vertrag wurde für nichtig erklärt, Raffles v. Wichelhaus [3]).

Aber hier handelt es sich überall um Mißverständnisse in den ersten Elementen des Vertrages [4]). Der Irrthum über die Rechtsfolgen, sobald die Elemente des Vertrages feststehen, gibt kein Recht der Annullirung, auch nicht in equity [5]). Wer einen Vertrag aus Irrthum für revocabel hält, wird nicht gegen die Wirksamkeit des Vertrages geschützt; wer einen der Correalschuldner befreit, findet keine Hülfe, auch wenn es ihm unbekannt ist, daß die Befreiung des einen zugleich die Befreiung

1) Vgl. auch Smith p. 134, Anson, Law of Contract p. 124 f., Aufsatz im American Jurist XX p. 30, Wharton, Law of Contracts I p. 252 f., 261 f.

2) Pollock p. 436 f.

3) Pollock p. 443, Anson p. 130.

4) So auch treffend Story, Equity Jurisprud. I p. 155.

5) Die englische Jurisprudenz stützt dies auf den Satz: error juris nocet.

des andern nach sich zieht [1]); ebensowenig tritt das Equityrecht dann modificirend ein, wenn ein Gläubiger als attorney mit dem Rechte der Veräußerung einer Schuldnersache aufgestellt ist und derselbe vermeint, daß damit ein (auch auf die Erben übergehendes) Pfandrecht begründet sei [2]).

Und auch das erkennt das englische Recht an, daß ein Dissens dann unberücksichtigt bleibt, wenn die Partei, welche sich auf den Dissens beruft, im Verschulden ist. Ich meine hier besonders den Fall, wo Jemand ein Billet genommen hat, auf welchem bestimmte Clauseln stehen, z. B. über die Haftung der Eisenbahn oder der Schifffahrtsgesellschaft. Stehen die Clauseln auf der Rückseite des Billets, so soll sich der Passagier darauf berufen dürfen, daß er sie nicht gelesen hat. Anders, wenn auf der Vorderseite des Billets eine Verweisung enthalten ist auf die Rückseite, anders auch bei einem Couponbuche, bei welchem die Rückseite des Umschlages den natürlichen Uebergang zu den einzelnen Coupons bildet [3]).

Und auch sonst wird ausgesprochen, daß, wenn der irrenden Partei erhebliche Nachlässigkeit zur Last falle, sie den Vertrag anerkennen muß; so, wenn eine Partei eine Urkunde unterschreibt, ohne sie gelesen zu haben [4]) — anders natürlich, wenn Jemand auf Grund eines vom Gegner veranlaßten Irrthums etwas anderes unterschrieben hat als er unterschreiben wollte [5]).

---

1) Smith, Equity p. 125, Story, Equity Jurispr. I p. 124, 125, Wharton, Law of Contracts I § 198 p. 282 f.

2) Story, Equity Jurispr. I p. 127.

3) Vgl. die Entscheidungen Henderson v. Stevenson, Stewart v. N. W. Railway Co., Burke v. S. E. Railway Co., bei Anson, Law of Contract p. 20 f.

4) Wharton, Law of Contracts I § 196 p. 278 f.

5) In einem solchen Falle wurde selbst die Haftbarkeit des Unterzeichnenden gegenüber Dritten verneint vom High Court v. Ontario (Canada),

Und so auch die Jurisprudenz in den Vereinigten Staaten, welche als die Jurisprudenz eines so großartigen Volkes des Weltverkehrs für uns besonders bedeutsam ist. Auf Story und Wharton ist bereits Bezug genommen worden; im übrigen genügt es, folgende auf verschiedene Entscheidungen gebaute Worte von Walker, Text book of the Patent Laws (New York 1883) § 278 p. 199 zu citiren: if that language is clear in the eye of the law, its effect cannot be varied by any parol evidence; but if that language is ambiguous, it may be construed in the light of certain classes of parol proof. The parties will never be permitted to testify what they intended to signify by the language they used, because if they were, assignors might narrow, and assignees might widen, the scope of the rights conveyed, by simply making oath to alleged former states of their own minds. Perjury could seldom be detected in such a case; and such a rule would put property at the mercy of avarice. Nor is any evidence admissible which merely shows that one of the parties to an assignment made such declarations, or did such acts, in pursuance of that assignment, as indicate that he understood the document in a sense most favorable to himself. If such evidence were admissible, the honest mistake of an assignor, in construing his contract, would often deprive an assignee of rights which he had honestly bought; and the honest mistake of an assignee would often deprive an assignor of rights which he never had sold. But parol evidence is admissible to construe an ambiguous assignment, if that evidence shows the existence of such collateral do-

---

6. Novb. 1887, Canadian Law Times, Occasional Notes VII (1887) p. 424.

cuments, or surrounding circumstances, attending the execution of that assignment, as throw light upon the meaning of its words; or shows that both parties to that assignment, pratically construed it, after its execution, and in so doing construed it alike. If ambiguities still remain in an assignment after all other recognized methods of solving them have been employed, they are to be solved against the grantor, as he is supposed to have written the document, and therefore to be chargeable with the obscurity.

Vgl. ferner die Entscheid. Foster v. Goldschmidt bei Myer, Federal decisions XXV (Balwin and Woodbury Lowery)[1]) § 1363 p. 171, wo anerkannt wurde, daß, wenn beide Theile have acted upon a certain construction of an ambiguous document, that construction, if in itself admissible, will be adopted by the court. Ferner die Entscheid. Smith v. Selden ib. § 1353 p. 170: Grantors are chargeable with obscurity in an agreement. Entsprechend wird denn auch angenommen, daß die construction of the terms of a written contract nicht der Jury, sondern dem Richter obliege; so Entscheidung des Supreme Court of South Carolina vom April 1882[2]).

Auch hier bestätigt sich der Satz, daß die Rechtsprincipien nicht aus der individualistisch-psychologischen Natur der menschlichen Akte, sondern aus der socialen Natur des menschlichen Verkehres entspringen. Das Recht geht nicht aus den Beziehungen des einzelnen Individuums, sondern aus dem Gesammtorganismus der menschlichen Gesellschaft hervor. Die

1) St. Louis 1886.

2) Shand, Reports of cases heard and determined by the Supreme Court of South Carolina XIX, p. 123, 124.

Ziele der menschlichen Gesellschaft sind maßgebend für die Rechtsfolgen, denn die Rechtsordnung hat die Aufgabe, die gesunde Entwicklung der menschlichen Gesellschaft zu fördern; dabei ist der Einzelwille zwar ein mitbestimmendes Moment, aber ein Moment, welches sich den Anforderungen des Ganzen unterwerfen muß und welchem nur diejenigen Wirkungen zukommen, welche die Rechtsordnung im Interesse des Ganzen für entsprechend erachtet.

VII.

Feststellungsklage im Fall des error und der unrichtigen Beurkundung.

Wir haben gesehen, daß unter Umständen der Vertrag wegen error der einen Partei nichtig ist; sodann versteht es sich von selbst, daß eine beiderseitige Vereinbarung in der Weise gilt, wie sie abgeschlossen worden ist, auch wenn beide Theile aus Versehen eine Urkunde unterzeichnet haben, welche ihrem beiderseitigen Einvernehmen widerspricht: in diesem letzteren Fall handelt es sich um einen gültigen Vertrag, welcher nur eben in unrichtiger Verkleidung auftritt [1]).

In beiden Fällen nun kann, insbesondere wenn es sich um langgestreckte Verträge handelt, ein wesentliches Interesse bestehen, die Situation zu klären, und sie zu klären, auch wenn sich etwa der eine Theil widerspenstig oder indolent erweisen sollte. Das Mittel der Klärung ist die Feststellungsklage.

Wir haben dafür ein Vorbild in dem bereits oben (S. 248) erwähnten englischen Institute des Rectificationsgesuches bei den

1) Treffend sagt Wharton, Commentary on the Law of Contracts (Philadelphia 1882) I § 205 p. 297 von diesem Fall: Here the parties do not differ. They agree, but they agree to something different from what the written document expresses.

Equitygerichten [1]), welches Gesuch noch jetzt in England bei der Chancery Division des High Court anzubringen ist. Das Gesuch ist statthaft, sofern es sich um eine richtige beiderseitige Vereinbarung handelt, welche nur unrichtig zur Urkunde gebracht ist. Dieses Institut reicht schon in das vorige Jahrhundert hinein, wir finden schon eine Entscheidung vom Jahre 1749 — eine Entscheidung des Lord Hardwicke [2]). Dabei ist sich die englische Jurisprudenz wohl bewußt, daß eine derartige richterliche Cognition mit großer Discretion auszuüben ist. In Fowler v. Fowler ist mit Recht gesagt [3]): The power which the Court possesses of reforming written agreements where there has been an omission or insertion of stipulations contrary to the intention of the parties and under a mutual mistake, is one which has been frequently and most usefully exercised. But it is also one which should be used with extreme care and caution.

Insbesondere soll sich eine solche Rectification im Fall des Widerspruchs des Gegners in der Regel nicht auf bloßes Zeugniß stützen; sie wird namentlich dann gewährt, wenn der Nachweis der unrichtigen Beurkundung durch sonstige Schriftstücke geführt oder mindestens eingeleitet werden kann [4]). Die Hauptfälle dieser Rectificationen sind solche, bei welchen es sich um Eheverträge oder andere Familienvereinbarungen handelt [5]).

---

1) Smith, Principles of Equity p. 128 f., Spence, Equitable Jurisdiction I p. 633, Story, Commentaries on Equity Jurisprud. (2. Ed. 1839) I p. 164 f., 171 f., Wharton I § 205 p. 296 f.

2) Pollock p. 487.

3) Pollock p. 488.

4) Wharton, Law of Contracts I § 208 p. 301 f.

5) Pollock p. 486 f., 490 f., Smith, Equity p. 145 f., Spence, Equitable Jurisdiction II p. 490, Story, Equity Jurispr. I p. 171.

Aber auch im Versicherungsrecht kommt die Equity-Rectification wesentlich in Betracht, und ganz besonders erleichtert wird sie, wenn es sich zeigt, daß der eine Theil wissentlich das Document in einer nicht der Verabredung entsprechenden Weise abgefaßt hat [1]). Vgl. auch oben S. 249.

VIII.

Der Irrthum im Gemäldehandel.

Daß der Irrthum über die Aechtheit eines Gemäldes ein wesentlicher Irrthum ist, d. h. ein Irrthum, kraft welches die in Frage stehende körperliche Sache verkehrsmäßig eine wesentlich andere Beurtheilung findet und eine qualitativ andere Behandlung erfährt, wird kaum einem Zweifel unterliegen. Dies mindestens dann, wenn das Gemälde einem hervorragenden Meister zugeschrieben wird. Die beste Copie giebt uns keinen Rafael oder Murillo; denn immer ist die unmittelbare Aktion des Genius etwas anderes, als das geborgte Licht, mit welchem ein Copist geschaffen hat.

Ist aber dies sicher, so müssen im Gemäldehandel sich vor allem die für den wesentlichen Irrthum aufgestellten Grundsätze bewähren. Wie weit, wird sich alsbald zeigen.

Das setze ich als das richtige Ergebniß der Savigny'schen Lehre voraus, daß in der Irrthumsfrage die Verkehrsobjecte im Sinne des Verkehres, nicht im Sinne einer vom Verkehr abgewandten philosophischen Deduktion aufzufassen sind. Daher darf nicht etwa der Irrthum als ein unwesentlicher behandelt werden, wenn die beiden Parteien über die Sache als ein raumerfüllendes Ding einig sind und in allem anderen differiren; denn die Sache wird nicht allein durch ihre

1) **Wharton**, Law of Contracts I § 206 p. 299.

Qualität als raumerfüllender Körper charakterisirt[1]). Ebensowenig aber werden wir lediglich den Stoff als das Entscheidende betrachten; oder sollte der Hut Friedrichs des Großen nicht etwas anderes sein, als ein anderer, ganz gleich gebildeter Hut, welcher vielleicht am selben Tage aus derselben Hand hervorgegangen ist? Der Verkehr classificirt die Dinge nach den ihm eigenen Rücksichten und läßt sich in dieser Beziehung keine Vorschriften machen: der Verkehr ist im Bereich der Sachwürdigung Alleinherrscher[2]).

---

1) So hat man in Frankreich einen wesentlichen Irrthum angenommen bei dem Kaufe eines Prämienlooses, welches bereits gezogen war, Seine-Tribunal 17./8. 1865 (Sirey, Recueil 65 II p. 33); beim Kauf von Frühjahrskorn, welches in der That Herbstkorn war, Caff.Hof 24./6. 1867 (Sirey 67 I p. 393); beim Kauf eines Geländes als Kulturgelände, während es Ueberschwemmungsterrain war, Appelh. Bourges 10./3. 1838 (Dalloz, Vente nr. 120); beim Verkauf einer Erfindung, welche nicht den zugesagten Charakter an sich trug, Appelh. Grenoble 27./5. 1831 (Sirey 32 II p. 36), Caff.Hof 21./2. 1837 und 15./7. 1858 (Sirey 37 I p. 186 und 59 I p. 208); Appelh. Paris 3./12. 1860 bei Schmoll, Brevets d'invention p. 24. Von besonderer Bedeutung ist der wesentliche error im Versicherungsrecht, sofern das vom Versicherer übernommene Risico sich nach Maßgabe der unrichtigen Angaben anders gestaltet, als es in Wirklichkeit gestaltet ist; und im Gesellschaftsrechte, namentlich im Actienrechte; vgl. namentlich die engl. Entsch. Kennedy v. Panama Mail Comp. (auch cit. bei Pollock p. 442 f.). Davon wird anderwärts die Rede sein. Ueber den error bei der Veräußerung von Erfindungen vgl. mein Patentrecht I S. 176 f.

2) Wie verhält es sich, wenn die Parteierklärung im Widerspruch steht, nicht mit der thatsächlichen, aber mit der rechtlichen Sachlage; wenn z. B. die Parteien annehmen, daß eine Erfindung patentirt ist, deren Patent nichtig ist? In solchem Falle ist von einer Nichtigkeit des Vertrages höchstens insofern die Rede, als eine res communis omnium veräußert worden ist, und es tritt die entsprechende Haftung des Veräußerers ein; eine Nichtigkeit wegen error liegt hier ebensowenig vor, als wenn eine Sache verkauft wird, welche nicht dem Veräußerer, sondern einem Dritten gehört. Vgl. mein Patentrecht S. 172 f., meine Gesammelten Abhandl. S. 446 f., mein Patent- und Industrierecht, Heft 1 S. 37 f. Wie aber, wenn das Recht günstiger steht, als der Verkäufer annahm, wenn z. B. der verkauften

Gehen wir aber nach Maßgabe der gemeinen Lehre weiter, so stoßen wir sofort auf einen sehr unpraktischen Doctrinarismus. Darnach soll insbesondere der interne Irrthum eines Contrahenten über ein solches wesentliches Sachmerkmal entscheidend sein und den Vertrag vernichten. Nun betrachte man einmal die Sache praktisch: A sieht ein Bild, welches er für einen ächten Rubens hält; er sagt dem Gemäldehändler nichts davon — das würde den Preis vertheuern, er kauft das Bild, ohne daß über dasselbe ein weiteres Wort gesprochen wird, und bezahlt es. Nach zwei Tagen entdeckt er mit Hülfe eines Freundes, daß das Bild nichts mit Rubens zu thun hat: er bringt es dem Gemäldehändler wieder zurück und verlangt sein Geld heraus. Wird man dies erträglich finden [1])?

Auf solche Weise würden die Irrthumssätze eine Prämie bieten für denjenigen, welcher die bessere Kenntniß in sich verschlösse; sie würden die Prämie bieten: ist er im Recht, so

---

Sache werthvolle Servituten zustehen, von welchen er keine Kenntniß hatte? Wenn Pfandrechte nicht bestehen, welche er voraussetzte? Auch hier liegt keine Nichtigkeit vor; es ist ebensowenig eine Nichtigkeit gegeben, als wenn sich etwa herausstellen sollte, daß in einem Hause ein immenser Schatz verborgen ist, so daß der Erwerber mindestens auf die Hälfte desselben rechnen kann. Ueber die unrichtige französische Entscheidung, wo der Kauf einer nuda proprietas annullirt wurde, weil Tags zuvor der Usufruktuar gestorben und so das Eigenthum consolidirt worden war (Cass.-Hof 8. März 1858, Sirey 59 I p. 238 f.), ist bereits in den Gesammelten Abhandl. S. 455 gesprochen worden.

1) Richtig sagen die Engländer: If the buyer thinks he is being promised a quality of article which the seller does not intend to warrant, the contract will nevertheless hold. If the buyer wants to bind the seller to supply an article of a particular quality he should make it a term of the contract. So Anson, Law of Contract p. 132 f. Ein error in unserem Sinne wurde daher auch richtig angenommen, als Kalk in Fässern verkauft wurde, während nur Sand und Steine darin waren, vgl. Aufsatz in American Jurist XX p. 30; hier war eben die Waare als Kalk verkauft worden.

behält er das Bild und macht damit einen Vortheil zu Unkosten des Gegners; täuscht er sich, so gibt er das Bild wieder zurück — **probatum est.**

Die Unrichtigkeit der gemeinen Lehre liegt darin, daß sie das entscheidende Gewicht in das interne Seelenbild der Contrahenten legt, während der entscheidende Punkt vielmehr darin liegt, daß zwischen der Vertragserklärung und der Sache eine Disharmonie herrscht, sofern nämlich die Sache als eine andere Sache erklärt und als eine andere Sache, als sie wirklich ist, zum Gegenstand des Vertrags gemacht worden ist [1]). Nicht der Umstand, daß ich irrthümlich das Gemälde für ein ächtes halte, ist entscheidend, sondern der Umstand, daß das Gemälde als ächtes Gemälde verkauft worden ist und daß diese Bezeichnung im Vertrag in Disharmonie steht mit der verkauften Sache, so daß Sache und Sacherklärung sich widersprechen. Diese Erklärung, daß das Bild ein ächtes Bild eines Malers sei, kann natürlich auch stillschweigend erfolgen [2]) — sie kann stillschweigend erfolgen, sofern das Bild in sofort ersichtlicher Weise mit dem Namen des Malers bezeichnet ist, oder wenn es als solches in dem Katalog steht oder allgemein als ächt angesehen wird; doch ist, wie sich unten ergeben wird (S. 298 f., 272 f.), hier große Vorsicht geboten.

---

1) Daher sagt auch das Sächs. Gesetzbuch § 842: Irrt sich der eine Theil über die Identität der Sache oder über deren ausdrücklich von ihm vorausgesetzten Stoff, ohne welchen dieselbe zu einer anderen Gattung oder Art von Sachen zu rechnen sein würde und welcher für sie wesentlich ist, so ist der Vertrag nichtig.

2) Ebenso ist ein Vertrag über ein Goldstück oder eine Banknote nichtig, wenn dieselbe gefälscht ist; denn daß solche ächt sind, wird im Leben subintellegirt. Vgl. auch American Jurist XX p. 30. Ebenso der Vertrag über Kaffee nach einer gefärbten Probe, wenn der Käufer die Farbe für ächt hält (denn die Aechtheit versteht sich im Zweifel von selbst); OAG. Dresden 14. März 1865, Sächs. Annal. N. F. 1 S. 202 f., 208.

Nun könnte man immerhin sagen, daß in unserem Falle ja schon die Bestimmungen über dicta et promissa aushelfen würden: allein die Wirkung der Nichtigkeit ist eine viel energischere [1]), namentlich auch was die Fristen der Anfechtung, was den Ausschluß der Anfechtung durch Verzug in der Monirung betrifft u. s. w.[2]). Und daß bei so energischer Disharmonie, wornach ich nicht etwa eine anders gestaltete, sondern eine qualitativ andere Waare gekauft habe, eine solche energischere Behandlung angezeigt ist, wird einem Zweifel nicht unterliegen.

Betrachten wir die Quellen [3]), so stimmen sie völlig mit unserer Anschauung überein. Es wird acetum pro vino, aes pro auro, plumbum pro argento verkauft. Es wird der Fall herbeigezogen, daß der Käufer blind war: hier konnte er die Annahme, daß die Sache aus Gold oder Silber war, doch wohl nur aus der Aussage des Gegners schöpfen. Es heißt, daß eine mensa argento cooperta pro solida verkauft wurde. Es ist davon die Rede, daß beide Theile eine Sache für golden hielten, daß eine viriola, quae aurea dicebatur, unter den Miterben zum Verkaufe kam [4]).

Einige Schwierigkeit kann nur fr. 11 § 1 de contr. emt. bereiten. Darüber ist unten (S. 277 f.) zu handeln.

---

1) Nicht zuzustimmen ist daher den Ausführungen von Pfersche, Zur Lehre vom sogenannten error in substantia, insbesondere S. 96 f., wornach der bekannte Satz Ulpians nur noch historisches Interesse haben soll.

2) Vgl. beispielsweise Reichsoberhandelsgericht v. 30. Juni 1874, Entsch. XIV S. 367 f., 370 f., Entsch. XIX S. 402 f.

3) Am richtigsten hierüber neuestens Pininski, Thatbestand des Sachbesitzerwerbs S. 512 f.

4) So auch das englische Recht. Vgl. Anson, Law of Contract p. 128: If A sells a bar of metal to B as gold and B buys it on those terms, the contract is not performed if the bar proves to be brass. If the contract is for a bar of metal merely, each party takes his chance. The sole question is, what were the terms of the contract.

Die französische Jurisprudenz mit ihrem ausgezeichneten praktischen Sinn hat sicher herausgefunden, daß ein **error in substantia** nur dann in **Betracht** kommt, wenn die betreffende Eigenschaft nicht nur objectiv im Verkehr bedeutsam ist, sondern bei dem Vertrage selbst als vorhanden declarirt und dadurch zum Bestandtheil des Vertrags geworden ist. Mit Recht geht dieselbe davon aus, daß nur, was zum Gegenstande des Vertrages gemacht worden ist, auch für den Vertrag bestimmend sein kann, und daß das unbestimmte und ungewisse Denken und Fühlen einer Partei den Verkehr in die größte Unsicherheit brächte, wenn man demselben Rechtswirkung zuschriebe — noch mehr, eine solche Auffassung könnte dazu führen, daß dieses Meinen und Fühlen absichtlich verschwiegen und dadurch der Verkehr im höchsten Grade gefährdet würde. Man wird doch eine Richtigkeit nicht annehmen, wenn etwa der Verkäufer gesagt hätte, er wisse den Namen des Malers nicht? Wenn er ausdrücklich die Garantie abgelehnt hätte? Wenn er das Werk als einen angeblichen Rubens verkauft hätte? Sollte auch hier der Käufer hintennach sagen können, er habe trotzdem die innere Ueberzeugung von der Aechtheit gehabt und nur ein ächtes Bild zu kaufen vermeint, während sich jetzt herausstelle, daß er eine ganz andere Sache gekauft habe? Gewiß nicht. Damit ist die Unrichtigkeit der gewöhnlichen Lehre dargethan. Mit Recht sagt daher Larombière, Traité des Obligations ad a. 1110 nr. 3 [1]): Cette qualité de la chose, nous l'avions principalement en vue; nous en faisions tous deux la condition essentielle du contrat. .... Nous supposons donc que la qualité de la chose a été formellement visée, garantie et promise. Ce n'est en effet

1) Man vgl. auch Renaud, Arch. f. civ. Prax. XXVIII S. 247 f. Unrichtig Demolombe XXIV nr. 84 f., Marcadé ad a. 1110 nr. III.

que par sa prise en considération expresse qu'elle devient substantielle; et si la loi ne parle que de l'erreur tombant sur la substance même de la chose, c'est qu'elle n'a pas à s'occuper ici de ce qui est purement de convention[1]).

Die französischen Entscheidungen gehen zurück bis auf das Jahr 1813. In einem Urtheile des Appelhofs Paris v. 17. Juni 1813 und des Cassat. Hofs v. 6. Decbr. 1814[2]) ist sogar ausgesprochen, daß die Angabe des Malers ohne die Uebernahme einer Garantie noch nicht genügend ist, um die Aechtheit zur Bedingung der Gültigkeit zu machen; natürlich sind ja hierbei die Umstände des Falles entscheidend, es heißt: que L. V. en énonçant ..... ce qu'il pensait sur les noms des auteurs des tableaux qu'il avait vendus..., n'avait rien garanti à cet égard et n'avait pas inséré cette énonciation comme une condition de laquelle dépendît le sort de la vente.

Treffend wird in einer Entscheidung des Appelhofs Paris v. 9. Januar 1849[3]) das richtige Princip dahin festgestellt: on doit considérer comme faisant partie de la chose et appartenant à sa substance le nom de l'auteur d'un ouvrage d'art ... lorsque ce nom est entré dans la convention et en a formé une condition essentielle .... Und ebenso hatte schon einige Jahre früher der Appelhof Douai v. 27. Mai 1846[4]) entschieden: das Gemälde war als ein Wouwerman

1) Ueber die Behandlung der islamitischen Juristen vgl. meine Moderne Rechtsfragen bei islamitischen Juristen S. 3 f. Vgl. auch die Entscheidung in Alamgir's Rechtsbuch, Baillie, Digest of Moohummudan Law I p. 109 f.

2) Dalloz, Repért. alphabéth. v. Vente nr. 123 No. 1. Vgl. auch Troplong, Vente nr. 15 und 555, Deville in Sirey, Recueil général des lois et des arrêts 48 II p. 99.

3) Sirey, Recueil général des lois et des arrêts 49 II p. 80; vgl. auch Dalloz v. Vente nr. 124.

4) Sirey, Recueil général des lois et des arrêts 46 II p. 501, 502

garantirt worden, der Käufer hatte uniquement en considération du maître gekauft; der Kauf wurde annullirt.

Anders gelagert war ein Fall, welcher am 28. Januar 1848 zur Entscheidung des Seinetribunals kam [1]). Der Name des Malers Saint-Jean stand auf dem Gemälde, aber der Verkäufer hatte keine Garantie übernommen. Es wurde bemerkt, daß la fausseté du nom de Saint-Jean, qui n'a pu être imputée à aucune des parties en cause — — n'a pas empêché qu'il y ait eu consentement des parties sur un objet déterminé, vu et apprécié —; qu'en l'absence d'une stipulation entre les parties, que la garantie de ce nom a été une condition déterminante du contrat intervenu, D. ne saurait se prévaloir de la fausseté de ce nom pour demander la nullité de l'échange dont il s'agit. Der Kauf wurde aufrecht erhalten.

Eine Entscheidung des Appelhofs Paris v. 29. März 1856 [2]) besagt: Considérant que R. déclarait expressément, dans la lettre du ...., que les tableaux sur lesquels il appelait l'attention de L. étaient l'oeuvre des peintres français les plus estimés, tels que Watteau, Greuze et Lancré; que cette déclaration a été le principe et la cause de l'achat fait par L.; qu'il est aujourd'hui constant et reconnu par R. lui-même que les tableaux achetés ne sont d'aucun des peintres indiqués dans la lettre; qu'ainsi le consentement de L. a été donné par erreur et ne l'oblige pas; que la bonne foi dont la morale et la loi font la condition essentielle des contrats doit être surtout exigée quand ils ont pour objet des oeuvres qui tirent

1) Sirey, Recueil 48 II p. 99, 101, 102.

2) Courrier de la Librairie I (1856) p. 211 f., auch in Pataille, Annales de la propriété industrielle II p. 120, 122, und in Dalloz, Recueil Périodique 56 II p. 175.

du nom et de la réputation de leurs auteurs leur principale valeur . . .

Eine Entscheidung desselben Gerichtshofs v. 28. April 1856 [1]), welche keine Nichtigkeit annimmt, scheint in den besonderen Umständen des Falles begründet zu sein.

In einer Entscheidung des Seinetribunals vom 1. Juli 1856 [2]) heißt es: que . . . . P. a vendu à V. deux tableaux qu'il a formellement garantis être, l'un du Dominiquin, l'autre de l'Albane . . .; attendu qu'il est constant, ainsi que d'ailleurs le défendeur le reconnaît lui-même, que ces tableaux ne sont que des copies et non des originaux de l'Albane et du Dominiquin, que c'est donc à tort qu'ils ont été vendus comme émanant de ces maîtres, et que c'est à bon droit que V. demande la nullité de la vente et la restitution du prix . . . .

In derselben Bahn bewegt sich eine Entscheidung des Seinetrib. v. 15. April 1863 [3]). Hier hatte der Verkäufer erklärt, daß verschiedene Gemälde und Studien von S. J. Clouet, Blaremberg, Horace Vernet seien. Nicht alle Bezeichnungen waren unrichtig; doch wurde der en bloc abgeschlossene Verkauf in seiner Totalität für nichtig erklärt. Der Käufer hatte verschiedene Gemälde einrahmen lassen; es wurde ihm dafür Ersatz zugesprochen [4]).

Eine weitere Entscheidung des Seinetribunals v. 1. Juni 1866 [5]) kommt nur sofern in Betracht, als hier ein Fall

1) Allegirt bei Pataille, Annales II p. 123.

2) Pataille, Annales II p. 206, 207.

3) Pataille IX p. 339f.

4) Vollkommen richtig, denn ein im übrigen nichtiger, d. h. functionsloser Vertrag kann insofern wirksam sein, als er Entschädigungspflichten erzeugt.

5) Pataille XII p. 388, 389. Aehnlich eine Entscheid. des Appelhofs Douai 27./5. 1846, Dalloz, Rec. Pér. 46 IV p. 509.

der ausdrücklichen Garantieübernahme gegeben ist. Es hieß bei dem Verkauf: Je garantis l'originalité du tableau et m'engage à reprendre ledit tableau dans une année en cas de contestation sur son originalité.

Dagegen bietet uns das Urtheil desselben Gerichtshofs vom 30. November 1865 [1]) einen Fall, der wegen der begleitenden Umstände außerordentlich belehrend ist.

In dem gedruckten Katalog einer Privatgallerie war ein Gemälde aufgenommen unter dem Titel: „Gastmahl bei Simon dem Pharisäer. Fast vollendete Skizzen von Paolo Veronese, des großen Gemäldes, welches sich im Louvremuseum befindet." Bei dem Tode des Besitzers kam die Gallerie zur öffentlichen Versteigerung, das Bild fand aber keinen Käufer; es wurde später unter der Hand an D. verkauft. D. verkaufte es wieder an J. für 6000 Frs. In der Quittung wurde gesagt: „Gemälde darstellend das Gastmahl bei Simon dem Pharisäer, fast vollendete Skizze, von Paolo Veronese, des großen Gemäldes, welches sich im kaiserlichen Museum von Paris befindet."

Da die Skizze nicht von Paolo Veronese war, so verlangte J. die Nichtigkeitserklärung des Geschäfts. Hier waren die Umstände eigenartig: es fehlte an einer ausdrücklichen Garantieübernahme; der Preis war für einen ächten Paolo Veronese ziemlich gering; der Umstand, daß das Bild bei der Versteigerung ohne Käufer blieb, war geeignet, Zweifel zu erwecken. Dazu kam noch, daß der Käufer vor dem definitiven Abschlusse das Gemälde bezüglich seines Werthes dem Urtheile eines Sachverständigen unterstellen wollte und daß der Verkäufer dies versagte. Aus allen diesen Umständen schloß der Gerichtshof: que la quittance ne contient aucune

---

1) Pataille XII p. 99, 100f.

stipulation de garantie; que les énonciations qui s'y trouvent relatées ne sont que la reproduction même affaiblie du catalogue; qu'elles paraissent avoir eu pour objet entre les parties de constater la provenance et l'identité du tableau dont la livraison était ajournée, bien plus que de garantir l'originalité de l'oeuvre; qu'une telle garantie serait d'une témérité et d'une imprudence qui la rendrait invraisemblable [1]); que parmi les oeuvres magistrales de la peinture, il en est en effet de très-accréditées, dont l'authenticité n'est cependant pas encore à l'abri de la controverse, et qui n'offrent aux transactions qu'une valeur de tradition plutôt que celle d'une origine susceptible d'être démontrée et garantie [2]); attendu que le prix même de 6000 frs. serait loin d'être en rapport avec une oeuvre authentique de Paul Véronèse, et qu'enfin J. ne pouvait pas ignorer que le tabeau qui lui était vendu avait été compris dans la vente publique qui a suivi le décès du chevalier de B., et qu'il était alors resté sans acheteur; qu'il suit de là que, à défaut de stipulations expresses, la garantie invoquée par J. est invraisemblable et inadmissible. Schließlich kommt das Urtheil darauf zurück, daß J. gekauft habe, obgleich der Verkäufer sich geweigert hatte, das Gemälde vorher dem Befinden eines Sachverständigen zu unterwerfen, und daß er ne pouvait imputer qu' à sa propre imprudence l'erreur et le préjudice dont il se plaint aujourd' hui.

Verwandt ist eine Entscheidung des Appelhofs Brüssel v. 8. Nov. 1856 [3]), wo es sich um einen angeblichen Hob-

1) Dieses Argument schießt allerdings weit über das Ziel hinaus.

2) Dieses Argument ist von besonderer Feinheit. Wir werden unten (S. 272 f.) darauf zurückkommen.

3) Dalloz, Rec. Périod. 57 II p. 110.

dema handelte. Es war keine Garantie übernommen worden und die Authenticität war unter den Parteien zweifelhaft gewesen.

Eine neue Seite der Sache bietet eine Entscheidung des Seinetrib. vom 14. März 1866, bestätigt durch den Appelhof Paris vom 27. April 1867 [1]). Es waren 3 Gemälde verkauft worden, die H. Katharina dem Leonardo da Vinci zugeschrieben (attribué à Léonard de Vinci); zwei andere als Luini und Giorgione. Das Seinetribunal sagte mit Recht, daß mit dem Worte attribué zur Genüge ausgedrückt ist, daß die Herkunft von Leonardo da Vinci zweifelhaft sei, daß sie eine Annahme sei, bezüglich welcher jeder denken kann, was er will: que, suivant les usages en la matière, cette indication laisse à l'acheteur la libre appréciation à ses risques et périls de la valeur du tableau. Bezüglich der anderen zwei Gemälde war nur festgestellt, daß Uebermalungen und Retouchen vorgekommen waren; solche stören aber an sich die Aechtheit des Gemäldes nicht, sie finden sich bei den meisten Gemälden früherer Jahrhunderte kraft einer unlöblichen Gewohnheit früherer Zeiten. Uebrigens war der Käufer ein Sachkundiger und hatte sich selbst von diesen Retouchen überzeugen können.

Wie aber alles seine Grenzen hat, zeigt uns eine weitere Entscheidung des Seinetribunals vom 1. Mai 1867, bestätigt durch den Appelhof Paris v. 15. Februar 1868 [2]). Es hatte Jemand eine Skizze aus dem Nachlasse Delacroix's gekauft; die Skizze war kaum erst begonnen, theilweise erst angelegt; sie war aus dem Nachlaß für 480 Frs. erworben worden. Nun war aber das Gemälde, wie es an den jetzigen Richtigkeitskläger kam, in ganz anderem Zustande, vollständig vollendet und mit E. D. bezeichnet; der Kaufpreis war 3500 Frs.

1) Pataille XIII p. 412, 414.
2) Pataille XIII p. 415, XIV p. 300 f.

Dies ging natürlich über die Uebermalung hinaus; ein solches Bild ist nicht mehr als echt zu bezeichnen, wenn es auch noch die Grundpinselstriche des Meisters an sich trägt.

Dieser Fall ist besonders drastisch; aber es gibt zahlreiche Mittelfälle. Namentlich wird die Sache schwierig bei Schulbildern, welche von dem Meister entworfen, von seinen Schülern ausgeführt und wieder theilweise von dem Meister vollendet sind; man denke an so manchen Rafael, an so manchen Rubens; hier wird man von Aechtheit nur dann sprechen können, wenn das Bild, auch in seiner Ausführung, der Hauptsache nach von dem Meister herrührt; einige von den Schülern ausgeführte Details lassen die Aechtheit bestehen.

Nicht so heikel stand die Sache in einem weiteren Falle, welcher am 27. Februar 1873 zur Entscheidung des Seinetribunals kam [1]). Theodor Rousseau hatte eine Eiche skizzirt, ein anderer hatte die Skizze erworben, sie mit einer Landschaft umgeben und verkauft. Der Gerichtshof stellte fest, daß das Gemälde als Rousseau verkauft worden war. Der Kauf wurde vernichtet.

Häufig beruht die Meinung von der Urheberschaft eines Bildes auf der Signatur des Gemäldes, auf dem Namen oder Handzeichen des Malers. Wie unzuverlässig solche Bezeichnungen häufig sind, weiß jeder Gemäldekenner; es kann daher aus dieser Bezeichnung an sich noch nicht geschlossen werden, daß damit die Urheberschaft des Gemäldes auch von dem Verkäufer zugesichert und dadurch zum integrirenden Bestandtheil der Vertragsstipulationen gemacht wird. Natürlich kommt es auf die Umstände des Falles, und insbesondere auch auf die Person des Käufers an; wieweit anzunehmen ist, daß ein solcher durch eine derartige Bezeichnung getäuscht wird. In

1) Pataille XVIII p. 318 f.

dieser Beziehung bieten sich verschiedene interessante Hypothesen. Hat der Verkäufer zum Zwecke der Herkunftsangabe selbst einen derartigen Namen auf das Bild setzen lassen — eine sehr bedenkliche Operation — so haftet er selbstverständlich. Vergleiche den Fall im Urtheil des Seinetribunals v. 4. Februar 1875 [1]): que G. a fait apposer au bas dudit tableau un cartouche indiquant le nom de Théodore Rousseau comme celui de l'auteur du tableau; que c'est ainsi qu'il a pu entraîner la confiance de son acheteur.

In einem anderen Falle hatte der Verkäufer die Authenticität der Namenszeichnung garantirt; so nach einer Entscheidung des Seinetribunals v. 17. Decbr. 1874, bestätigt durch den Pariser Appelhof vom 18. Juni 1875 [2]): qu'il a dit vendre une oeuvre émanant du peintre Ch. Jacques et a garanti la signature de celui-ci . . . . . . que M. ne s'en est rendu acquéreur qu' à cette condition et a exigé la garantie de son vendeur; que l'erreur sur la substance vicie le contrat et permet d'en demander la nullité.

In einem andern Falle war der Name der durch die Signatur bezeichneten Maler in der Faktura wiedergegeben, und auch die sonstigen Umstände deuteten darauf hin, daß für die Parteien die Authenticität bei dem Vertrage wesentlich in Betracht kam: que le texte même de la facture acquittée par S. et l'importance des prix attribués à ces tableaux démontrent que, dans l'intention commune des parties, l'authenticité de la chose vendue a été la raison principale et déterminante de la convention, sans laquelle les parties n'auraient pas consenti à s'obliger; que, dans ces circonstances, l'authenticité de la signature des peintres dé-

1) Pataille XX p. 143 f.

2) Pataille XX p. 421, 422. Vgl. übrigens auch Entsch. des Seinetrib. 19./4. 1876, Pataille XXI p. 371.

signés était de l'essence du contrat et constituait la substance même de la chose vendue. So Appelhof Paris 14. December 1878 [1]).

Aehnlich wie mit Gemälden verhält es sich mit Antiquitäten. Ja, hier wird die Herkunft derselben von einer bestimmten Person oder aus einer bestimmten Zeit oft noch viel wesentlicher sein: bei dem Gemälde kommt doch noch die bildliche Darstellung, so wie sie ist, sehr wesentlich in Betracht; bei Antiquitäten ist häufig die historische Beziehung das Einzige, was der Sache eine Bedeutung verleiht: häufig hängt daran der ganze Werth, den der Käufer auf die Sache legt, oft bedingt ein solcher Umstand das Zwanzigfache des Preises. Es kauft Jemand ein Schwert als angebliches Schwert Roger's aus dem 12. Jahrh.; es ist bezeichnet: Rodgierii gladius. Dextra domini exaltavit me; er zahlt dafür 8000 Frcs. Offenbar ist hier die Authenticität die Hauptsache; ein anderes Schwert, namentlich eine moderne Nachbildung ist etwas ganz anderes. So entschied auch der Appelhof Paris 1./12. 1877 [2]), in einem Falle, wo die bona fides unzweifelhaft war: quelle que puisse être d'ailleurs la valeur intrinsèque d'un objet de cette nature, tableau, statue ou médaille, l'authenticité de la signature ou du millésime est de l'essence même du contrat et peut, suivant les circonstances, constituer la substance même de la chose vendue; que l'erreur sur l'ancienneté ou l'origine d'un objet d'art vendu comme ancien ou authentique devient ainsi substantielle et vicie le contrat; que la falsification en pareille matière ne constitue pas seulement un vice de la chose vendu, qu'elle fait disparaître la chose elle-même que les parties avaient eu

1) Pataille XXIII p. 335 f.

2) Sirey, Recueil général 77 II p. 325 f.

principalement en vue dans le contrat et qui en faisait la substance .....

In einem andern Falle hatte Jemand ein Käſtchen (coffret) Louis XIII. um 7000 Frcs. gekauft. Es wurde aus den Umſtänden, insbeſondere auch aus der Höhe des Preiſes entnommen, daß ein ächtes Stück als Gegenſtand des Geſchäfts gemeint war; der Kauf wurde vernichtet. So Seinetrib. 2./11. 1881, beſtätigt durch Appelhof Paris 14./12. 1882[1]).

Noch draſtiſcher war die Sache in einem Falle, welche in neueſter Zeit bis zur Entſcheidung des Caſſ.Hofs gelangt iſt. Es hatte Jemand eine Uhr und ein Barometer Louis XVI. um 32 000 Frcs. gekauft. Aus den Umſtänden ergab ſich prima facie die Ueberzeugung, daß die Sachen als ächte Sachen Gegenſtand des Vertrages waren; und da der Verkäufer behauptete, er habe die Garantie der Aechtheit abgelehnt, ſo wurde ihm darüber der Eid auferlegt. So Appelhof Agen 30./4. 1884, Caſſ.Hof 26./10. 1886[2]).

Die engliſche Jurisprudenz geht von dem Geſichtspunkte aus, daß die Herkunft eines Gemäldes von einem beſtimmten Meiſter nur inſofern in Betracht kommt, als eine Zuſage gegeben iſt, welche eine Garantieübernahme enthält. So erklärte bereits am 12. Juli 1797 Lord Kenyon in der Sache Jendwine v. Slade[3]): It was impossible to make this the case of a warranty. The pictures were the work of artists some centuries back, and there being no way of tracing the picture itself, it could only be

1) Sirey 83 II p. 69.

2) Sirey 87 I p. 153.

3) Sebastian, Digest of cases of trade mark p. 4. Vgl. auch den Aufſatz im American Jurist XX p. 31. Aehnlich wurde entſchieden in einem Falle, in welchem ein Bezoireſtein verkauft wurde, während der Stein einer anderen Sorte angehörte, Americ. Jurist ib. p. 31.

matter of opinion whether the picture in question was the work of the artist whose name it bore, or not. The catalogue only expressed the opinion of the vendor, but left the determination to the buyer's own judgment. Es handelte sich um angebliche Claude Lorrains und Teniers.

In der Sache Power v. Barham, 26. Novbr. 1835 und 14. Januar 1836 handelte es sich um einen Fall, wo mehrere venezianische Veduten in dem Verzeichniß als Canalettos angegeben worden waren. Der Richter stellte es in das Urtheil der Jury, ob aus den Worten des Verzeichnisses nur eine Beschreibung oder Ansichtsäußerung oder eine Garantie der Aechtheit zu entnehmen sei [1]).

Fassen wir nach diesem Ueberblicke der Jurisprudenz die wesentlichsten Gesichtspunkte zusammen, so werden wir sagen: Wird die Herkunft von einem Meister im Vertrage als vertragsmäßiges Erforderniß des Bildes aufgestellt, so ist es ein wesentlicher error, wenn das Bild nicht von dem Meister herrührt. Aber nicht jede Erwähnung eines Malers, insbesondere nicht jede Bezeichnung in einem Kataloge, auf welchen sich der Vertrag bezieht, ist so aufzufassen, daß dadurch die Autorschaft zu einer substantiellen Seite des Vertrages erhoben wird. Sehr häufig spricht der Verkäufer damit nur seine Ansicht als Ansicht aus, oder er spricht die Ansicht aus, welche sich einmal traditionell festgestellt hat. Dies wird insbesondere bei Bildern der früheren Jahrhunderte anzunehmen sein, bei welchen sich nach dem Standpunkte unserer heutigen Kritik so häufig keine sichere Autorschaft darthun läßt. Ein Gemälde als Giorgione zu garantiren, wird kaum mehr möglich sein, es müßten denn sichere urkundliche Belege einen Anhalt bieten; unter den größten Autoritäten besteht ein solcher Streit, und zwar nicht nur im

1) Sebastian p. 26 f.

Einzelnen, sondern insbesondere auch über den Charakter seiner individuellen Kunst und über die Methode, sie festzustellen, daß eine solche Garantieübernahme ein übergroßes Wagniß wäre; man lese nur Crowe und Cavalcaselle, Lermolieff (Morelli) oder die Monographie von Schaufuß über Giorgione's Werke [1]). Und wird ein Bild auf Grund einer alten Tradition verkauft, so wird die Bezeichnung im Zweifel nur die traditionelle Anschauung wiedergeben, sie wird nicht als wesentlicher Bestandtheil des Vertragsstoffes zu erklären sein. Hat man doch auch die Originalität der berühmten Magdalena des Correggio im Dresdener Museum bestritten. Und wie lange hat die Holbein'sche Madonna ebenda als das Original gegolten!

Wohl aber wird die Autorschaft dann zu einem wesentlichen Bestandtheile des Vertragsinhaltes, wenn, wie bei modernen Gemälden, eine sichere Erkundigung möglich ist und bei dem Geschäftsabschluß kein Vorbehalt gemacht wird; auch bei älteren Gemälden dann, wenn die Fassung des Vertrages entweder eine Garantieübernahme enthält oder sich so wesentlich auf die Autorschaft stützt, daß daraus zu entnehmen ist, daß die Angabe des Autors nicht eine bloße Individualisirung des Bildes und nicht eine bloße individuelle oder traditionelle Meinungsäußerung involvirt. Von demselben Gesichtspunkte aus ist die Signatur des Gemäldes zu behandeln; sie wird nur dann zum Bestandtheil des Vertrages sich erheben, wenn der Vertrag in unzweifelhafter Weise auf sie als die Bezeichnung der Autorschaft und als eine sichere Gewähr derselben Rücksicht nimmt.

Die Aechtheit des Bildes wird nicht dadurch zerstört, daß dasselbe Uebermalungen und Entstellungen zeigt — voraus-

1) Leipzig 1884.

gesetzt nur, daß das Bild in seinem Wesen noch den Charakter der ursprünglichen Schöpfung an sich trägt; ebenso verhält es sich, wenn unwesentliche Theile von einem Gehülfen hergestellt sind — wogegen die Aechtheit cessirt, wenn nur der Entwurf des Bildes von dem Meister herrührte und ein Dritter ausführte, was der Meister lediglich angelegt hatte.

Uebrigens zeigt die ganze Darlegung, daß die Beurtheilung der Sache ihre große Schwierigkeit haben kann und daß es darum angezeigt sein wird, bei wichtigeren Käufen sich in den Vertragsstipulationen ausdrücklich über diesen Punkt zu erklären.

Ein Umstand aber bedarf kaum einer Ausführung, daß nämlich die Richtigkeit lediglich eine bedingte, relative Richtigkeit zu Gunsten des Käufers ist; sie besteht darin, daß der Käufer und nur er ein Annullirungsrecht hat. Denn wenn der Käufer mit einem unächten Gemälde sich begnügen will, so ist es seine Sache. Was man Richtigkeit nennt, ist nur eine Steigerung seines Annullirungsrechts; es ist, wie das Anfechtungsrecht, nur ein Recht in seinem eigenen Interesse zur Wahrung seiner durch den Vertrag entstandenen Rechte: denn daß aus einem nach der einen Seite nichtigen Vertrag dennoch Vertragsrechte erwachsen können, und daß gerade das Annullirungsrecht zu diesen Rechten gehört, ist sicher; der formale Standpunkt, daß aus einem nichtigen Vertrag keine Rechte entstehen könnten, wird keiner besonderen Widerlegung bedürfen [1]).

IX.

Quelleninterpretationen.

1) Zu fr. 34 pr. de contr. emt.

Viele Schwierigkeit hat die Entscheidung Labeos insofern verursacht, als Labeo bei dem Dissense beider Theile die

1) Vgl. neuerdings auch Mitteis in diesen Jahrb. XXVIII S. 121 f.

opinio des Verkäufers, nicht die des Käufers entscheidend sein läßt, was, wie man vermeinte, dem Grundsatze widerspräche, daß ein Kaufvertrag im Zweifel gegen den Verkäufer auszulegen sei. Allein man vergegenwärtige sich nur die Situation. Es wird ein Grundstück verkauft mit verschiedenem instrumentum, so auch mit verschiedenen Gutssklaven. Das instrumentum und so auch die Sklaven sind in einer Anlage aufgezählt. Wenn nun hierbei ein Sklave Stichus genannt ist, so meint der Verkäufer natürlich den richtigen Stichus, denjenigen, welcher auf dem Gute arbeitet; der Käufer, welcher einen andern Stichus, als dem Verkäufer zugehörig, kennt, meint diesen andern. Begreiflicherweise ist nun die Meinung des Verkäufers entscheidend: denn er natürlich verwechselt seinen Gutssklaven Stichus nicht mit einem andern Stichus, wohl aber der Käufer; hier ist es klar, daß sein Stichus der richtige ist: verkauft ist der Gutssklave, nicht sein gleichnamiger Kamerad, welcher vielleicht dem Herrn die Küche besorgt oder ihn von den Trinkgelagen mit Fackelschein abzuholen hat.

Wären etwa zwei Stichi auf dem Grundstück und wäre in der Gutsanlage nur einer genannt, so hätte der Verkäufer das Wahlrecht, denn ihm ist es hierdurch gestattet, den einen Stichus aus dem seitherigen instrumentum auszusondern; es würde gelten, wie es fr. 60 de contr. emt. heißt: comprehensum erat lege venditionis dolia sexaginta emptori accessura: cum essent centum, in venditoris fore potestate responsum est quae vellet dare, fr. 60 de contr. emt. Sollte etwa hier der Käufer nur den einen Stichus gekannt und gerade denjenigen gemeint haben, welchen der Verkäufer für sich zurückbehalten will, so geht gleichfalls der Verkäufer vor, weil von Seiten des Käufers ein Mißverständniß des wirklichen Sachverhaltes vorliegt, nicht von Seiten des Verkäufers; der eine daher nach Erwägung des richtigen, der andere nach Erwä-

gung eines eingebildeten unrichtigen Sachverhaltes kontrahirt hat [1]). Es wäre ebenso, wie wenn der Käufer von jenen 100 Fässern nur 60 kennen und daher vermeinen würde, daß er eben diese bestimmten 60 Stück bekäme.

2) Zu fr. 19 de usu et usufr.

Meine Auslegung dieser Stelle (Jahrb. XVI S. 105 f.), wornach es auf dem Unterschied zwischen Sachwillen und Rechtsfolgewillen beruht, wenn bei dem cumulirten Legate des Eigenthums und des Usufruktus andere Rechtsfolgen entstehen, als der Testator vermeinte, hat mehrfachen Widerspruch erfahren (Lenel, Jahrb. XIX S. 244, Bechmann, Kauf II S. 48). Dieser Widerspruch ist verfehlt [2]). Ein scheinbares Argument gegen mich glaubte man in fr. 16 § 1 fam. herc. zu finden. Hier heißt es: Julianus ait, si alii fundum, alii usumfructum fundi judex adjudicaverit, non communicari usumfructum. Wenn hier die adjudicatio anders behandelt wird als das Legat, so beruht dies nicht auf dem Formalismus des Legates, denn auch die adjudicatio trägt einen formalen Charakter, namentlich die adjudicatio judicio legitimo (fragm. Vat. § 47, 49). Der Unterschied aber zwischen beiden Geschäften ist einleuchtend: der Richter hat die Adjudicationsgewalt, nicht um Gemeinschaften zu begründen, sondern um sie zu lösen, singulas res singulis heredibus adjudicare debet, § 4 J. de off. jud. Diese Lösung kann allerdings auch in der Art erfolgen, daß der eine die Sache selbst erhält und

1) Auch hier heißt es, ut quid in re sit aestimari debeat, fr. 110 § 1 de verb. obl., und: veritatem spectamus, fr. 8 de castr. pec.

2) Man könnte mir etwa noch das fr. 26 pr. de usu et usufr. entgegenhalten; allein hier ist es faktische Individualisationsfrage, ob unter dem deducto usufructu der Usufrukt eines jeden Onerirten oder nur der Usufrukt des (in erster Reihe) onerirten heres verstanden ist; insbesondere da ein Damnationslegat vorliegt.

dafür mit einer Auflage belastet wird, insbesondere mit der Pflicht einer Geldzahlung, § 4 und 5 J. de off. jud., § 20 J. de act. Diese Belastung kann auch eine Belastung mit einem dinglichen Rechte sein: poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat, fr. 22 § 3 fam. herc., fr. 7 § 1 comm. divid. Und so kann es sein, daß derjenige, welcher das Eigenthum der Sache erhält, mit einem Usufrukt belastet wird, fr. 6 § 1 de usufr., fr. 6 § 10 comm. div.: der Usufrukt wird demjenigen imponirt, welcher das Eigenthum erhält, er ist eine Belastung des Eigenthums. Darum die Entscheidung Julians. Es liegt in der Natur, d. h. in dem Zweck und Ziel des Adjudicationsgeschäftes, daß die Adjudication eines Usufruktes, neben der Adjudication des Eigenthums, die Bedeutung hat, daß der Usufrukt nicht neben dem Eigenthum begründet, sondern auf das Eigenthum gelegt, demselben imponirt wird.

3) Zu fr. 11 § 1 de contr. empt.

Die Stelle besagt: Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit; in sexu enim non est erratum. Ceterum si ego mulierem venderem[1]), tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est.

In beiden Fällen werden Sklaven verkauft, und zwar in beiden zu sexuellen Zwecken. Hier sagt nun der römische Jurist, daß, wer eine Jungfrau zu kaufen beabsichtigte, wegen Mangels dieser Jungfrauschaft den Kauf nicht als nichtig anfechten könne·

1) Der Conjectur Mommsen's vendere für venderem ist nicht zuzustimmen. Nicht darum handelt es sich, daß beide Theile etwas Verschiedenes meinten, sondern daß der eine Contrahent eine mulier wirklich zum Verkauf brachte, welche der andere als puer kaufte.

Denn solche speciellen Neigungen des Käufers bedürfen im Sklavenhandel der besondern Berücksichtigung nicht. Naturgemäß aber ist anzunehmen, daß bei dem Contrakte und dem Hin- und Herfeilschen von der Jungfrauschaft der Rede war; denn man weiß, wie es auf dem Sklavenmarkte und insbesondere bei solchen heikeln Geschäften zuging [1]).

Im zweiten Fall steht eine mulier zum Verkauf, während der Käufer annimmt, daß ein puer verkauft werde. Nicht darum handelt es sich hier, daß der puer zu so verschiedenen anderen Hausarbeiten als die mulier zu gebrauchen ist; sondern, wie der Gegensatz von virgo und mulier lehrt, handelt es sich um einen Sklaven, welchen der Käufer zu sexuellen Zwecken erwerben will. Daß eine solche Verwechslung vorkommen konnte, ist um so begreiflicher, als derartige Knaben oft in weibischer Tracht und weibischer Zier erschienen. Man vergleiche über derartiges Knabengezücht Sueton., Nero 28: super ingenuorum paedagogia et nuptarum concubinatus; Seneca, Epist. XV 3 § 24: transeo puerorum infelicium greges, quos post transacta convivia aliae cubiculi contumeliae expectant [2]); XX 6 § 7: omnium paedagogia oblita facie vehuntur, ne sol ne(ve) frigus teneram cutem laedat; XIX 1 § 14: puerorum perspicuos cultu atque forma greges; de vita beata 17: paedagogium pretiosa veste subcingitur; Ammianus Marcell. XXVI 6, 15: stetit itaque subtabidus — excitum putares ab inferis — nusquam reperto paludamento, tunica auro distincta ut regius mi-

1) Daß, wenn die Jungfrauschaft besonders zugesichert war oder der venditor sciens errare emptorem passus est, in anderer Weise geholfen wurde, versteht sich von selbst, fr. 11 § 5 de act. emt. vend.

2) Vgl. auch fr. 12 § 32 de instr. legat.: Si instructum fundum legasset, ea paedagogia, quae ibi habebat, ut, cum ibi venisset, praesto essent in triclinio, legato continentur.

nister, indutus a calce in pubem in paedagogiani pueri speciem, purpureis opertus tegminibus pedum — —. Besonders interessant ist die Nachricht des Plinius, Nat. hist. XXXIII 54, daß die paedagogia in transitu virilitatis custodiantur argento [1]).

Jetzt ist es klar, wie es kam, daß der Käufer die Sklavin für einen puer erachtete; ebenso ist es aber auch klar, daß die Sklavin sicher im Geschäft als männlicher Sklave bezeichnet worden war; man sagt doch die Namen, man spricht doch im Maskulinum oder Femininum, und der Cynismus des römischen Sklavenmarktes sorgte dafür, daß es an Zusicherungen und Andeutungen über die Eigenschaften der Waare nicht fehlte. Auf solche Erklärungen hat eben der Käufer gebaut, darum hat er es unterlassen, sich über die Waare so zu vergewissern, wie es auf dem Sklavenmarkt von jeher üblich war [2]). Sehr begreiflich ist es nun, daß die Römer, welche den Unterschied der jungfräulichen und nichtjungfräulichen Sklavinnen nicht so hoch stellten, doch nicht umhin konnten, einen Knaben und eine Sklavin für zwei wesentlich verschiedene Sachen zu erklären.

---

1) Vgl. auch Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms I S. 114, Forbiger, Hellas und Rom I S. 19, Marquardt, Römische Privatalterthümer I S. 165 u. a.

2) No lady e'er is ogled by a lover,
Horse by a blackleg, broadcloth by a tailor,
— — — — — — — —
As is a slave by his intended bidder.
Byron, Don Juan V 26, 27.

So war es insbesondere in Rom. Vgl. Seneca, Epist. XI 1 § 9: Detrahis vestimenta venalibus, ne qua vitia corporis lateant: hominem in volutum aestimas? mangones quicquid est, quod displiceat, aliquo lenocinio abscondunt: itaque ementibus ornamenta ipsa suspecta sunt: sive crus adligatum sive brachium adspiceres, nudari juberes et ipsum tibi corpus ostendi.

4) Zu fr. 41 de reb. cred.

Zu den vielen Fragen, welche diese Stelle erregt hat, gehört auch die Frage, wie es kommt, daß der frei gewordene Sklave, trotzdem er das Eigenthum des dominus veräußern zu wollen glaubt, sein eigenes Eigenthum veräußert: quas vero pecunias ipse credidisset, eas non ex majore parte, quam ex qua ipse heres sit, alienatas esse. Steht dies nicht im Widerspruch mit den bekannten Stellen, welche besagen, daß, wenn A eine Sache als die des B veräußert, er kein Eigenthum überträgt, obgleich es sich herausstellt, daß die Sache ihm selbst gehört? Nemo errans rem suam amittit[1])!

Hierbei aber pflegt man zu übersehen, daß der Sklave, wenn er veräußert, wenn er erwirbt oder stipulirt, regelmäßig nicht nomine domini, sondern suo nomine handelt. Der Sklave ist kein Stellvertreter, sondern ein menschlicher Organismus mit der Fähigkeit, zu handeln — nur daß dieses Handeln Rechtswirkungen in der Vermögenssphäre eines Anderen äußert, da er ja selbst kein Vermögen hat und daher keine eigene Vermögenssphäre, in welche sein Handeln einwirken könnte. Alles dieses beruht auf der Anschauung, daß der Sklave ein menschlicher Erwerbsfaktor des hausväterlichen Haushaltes ist. Und dies war um so bedeutungsvoller, als der Hausvater, in dessen Vermögen der Erwerb geschah, durchaus nicht immer sofort sicher war. So insbesondere, wenn der Sklave im Miteigenthum stand, oder wenn einem anderen Herrn

1) Unzutreffend auch der größte Interpret, Cujac. ad African. VIII (ed. Francof. 1595 II p. 523. 526 f.). Unrichtig Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 536 f. Am besten Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 490 f.

der Usufrukt am Sklaven zustand [1]); hier traten oft große Complicationen hervor.

Allerdings gestattete man es dem Sklaven mit der Zeit, das Geschäft auf den Namen des dominus zu stellen, denn das Gegentheil wäre ein unerträglicher Formalismus gewesen; auch blieb man gegen eine solche Erklärung nicht unempfindlich: man schrieb ihr besondere Wirkungen zu, insbesondere wenn der Sklave mehreren domini gehörte und zu Gunsten des einen derselben stipulirte oder erwarb [2]); freilich konnte solche Beifügung auch dem Erwerbe verhängnißvoll werden, wenn nämlich der Stipulation auf den Namen des dominus Hindernisse entgegenstanden, vgl. fr. 18 § 2, fr. 28 § 4, fr. 35 de stip. serv., und so auch unser fr. 41 de reb. cred.

Allein bei alledem blieb der Grundzug gewahrt, daß, wenn der servus keine persona domini bezeichnet, er sibi stipulatur, sibi acquirit: sibi, d. h. eben dem Hausvermögen, dessen Organ er ist, und bezw. demjenigen Hausvermögen, an welches die Sache nach Bestimmung des Rechts, also insbesondere gemäß der Rechtsstellung des Sklaven zu kommen hat.

Dies gilt namentlich auch dann, wenn der vermeintliche servus kein servus, sondern ein Freier ist, qui bona fide servit; auch hier erwirbt er sibi oder domino ohne Rücksicht auf eine bestimmte Willensrichtung: er handelt zu Gunsten des Hausvermögens, und dieses ist eben theilweise — sein

---

1) So auch bei Eigenthumsänderungen; so auch, wenn der servus im Peculium eines andern Sklaven stand; wenn er im peculium castrense eines filiusfamilias stand (fr. 15 § 3 de castrensi pecul.); oder wenn er der Sklave eines ab hostibus captus war (fr. 18 § 2 de stipul. serv.).

2) Stellen in diesen Jahrb. XVIII S. 141. So auch, wenn ein freier Mensch mehreren bona fide servit, fr. 23 § 3 de adq. rer. dom.

eigen [1]). Es ist daher eine gleichwerthige Willensrichtung, ob der bona fide serviens das Geld veräußert, welches zu seinem Eigenthume gehört, oder ob er das Geld veräußert, welches im Eigenthum seines vermeintlichen Herrn ist — wir nehmen ja den Fall an, daß er von seiner eigenen Freiheit nichts weiß, — also wie etwa, wenn er aus diesem Gelde einem Anderen eine Summe gibt, damit er frei werde, fr. 8 § 5 mandati, fr. 3 § 5 de cond. c. d. c. non sec.: gibt er sein eignes Geld hin, so überträgt er Eigenthum, auch wenn er glaubt, daß dieses Geld Peculiargeld sei. Dasselbe gilt auch dann, wenn der paterfamilias in Kriegsgefangenschaft ist und es zweifelhaft ist, ob der filiusfamilias homo sui juris geworden ist oder nicht, vgl. fr. 12 § 1 de capt., fr. 22 § 2 eod. [2]).

Damit erklärt sich von selbst eine Stelle, über welche bereits viel gehandelt worden ist, das fr. 44 § 4 de usurp. [3]). Der filiusfamilias, der nicht weiß, daß er zum Hausvater geworden ist, coepit rem sibi traditam possidere; er kann doch nicht glauben, die Sache als sein eigen zu besitzen — nein, aber er will die Sache sibi (also dem Hausvermögen) erwerben und besitzen, was eben zur Folge hat, daß die rechtliche Wirkung in dem Vermögen des Hausvaters eintritt, falls der Sohn wirklich noch in väterlicher Gewalt steht, dagegen in seinem eigenen Vermögen, wenn er gewaltfrei ist [4]).

---

1) Vgl. auch, bezüglich des Erwerbes der actio depositi, fr. 1 § 27 depos. Bezüglich des Besitzerwerbs? Vgl. fr. 54 § 4 de adq. rer. dom, fr. 1 § 6 de adq. poss.

2) Vgl. Bechmann, Jus postliminii S. 28 f.

3) Unzutreffend Stintzing, Wesen von bona fides und titulus S. 78 f. Daß fr. 49 § 1 de possess. nicht entgegensteht, bedarf keiner Ausführung.

4) Vgl. auch noch § 260 fragm. Vat. Was dem Emancipirten, dem das peculium belassen ist, bezahlt wird, das wird sein eigen, wenn auch der Zahlende geglaubt hatte, daß er noch dem filius als Haussohn zahle.

Aus dieser Betrachtungsweise ergibt sich in vollem Maße die Entscheidung Afrikans in fr. 41 de reb. cred.[1]). Der Sklave, welcher die nummi zu Eigenthum hingibt, gibt sie mit demselben (juristisch erheblichen) animus weg, wie der Freie, welcher sein eigenes Geld ausgibt: in beiden Fällen gibt er das Geld weg, mit welchem er rechtlich verknüpft ist, das Geld seines Hausvermögens — nur daß im ersten Fall dieses Hausvermögen andere rechtliche Schicksale hat als im zweiten — aber die rechtlichen Schicksale sind ja in der Willensbestimmung nicht das Entscheidende. Es ist gerade so, wie wenn der Usufruktsklave von dem Geld ausgegeben hat, welches im Usufruktuarspeculium sich befand, während er vermeinte, daß es zum Proprietarspeculium gehöre: ein derartiger Irrthum des freigewordenen Sklaven über das Eigenthum des Geldes, welches er ausgibt, kommt ebensowenig in Betracht, wie wenn es sich um die Frage handelt, ob das peculium des A oder des B in Mitleidenschaft steht: in beiden Fällen handelt es sich um das Eigenthum an dem Hausvermögen, bezüglich dessen der betreffende Mann als Hausmitglied disponiren kann — sei es als unfreies Hausmitglied eines andern, sei es als Selbstträger des eigenen Vermögens.

In gleicher Weise entscheidet ja auch der Schluß des

Der Vater kann allerdings die Zahlung verbieten; in solchem Falle hätte die Hingabe keinen Zahlungscharakter und keinen Schuldentilgungseffekt mehr; dies beruht aber darauf, daß die concessio peculii noch keine (definitive) Forderungsübertragung enthält, fr. 53 de pecul.

1) Man hat auch noch geltend gemacht (Leonhard, in seinem Buche über den Irrthum S. 482), es würde ein besonders unredliches Verhalten des vermeintlichen Sklaven sein, wenn er Geschäfte, die er als dem dominus gut genug erachtete, nicht für sich gelten lassen wollte. Dies ist nicht durchschlagend. Es kann ein Geschäft für das reiche Vermögen des dominus vortrefflich, für das Vermögen des Freigelassenen sehr unzweckmäßig sein. Diese Erwägungen können daher über den dinglichen Effekt des Geschäfts nicht entscheiden.

fr. 3 § 8 de cond. c. d. c. non sec.: si — — ipse dedit jam liber factus, fient accipientis: ein freier Mann, der sich für einen statuliber hält und der Meinung ist, daß er, um die Freiheitsbedingung zu erfüllen, einem Dritten Geld geben muß, gibt ihm Geld — er gibt ihm eigenes Geld, da er schon längst frei und Vermögensträger ist; er gibt ihm eigenes Geld, in der Meinung, daß dieses von ihm erworbene Geld noch in der Sklaverei erworben sei und daher noch dem vermeintlichen Herrn gehöre [1]): das Geld wird nichtsdestoweniger dem Empfänger erworben, nummi fient accipientis [2]).

Scheinbare Schwierigkeiten macht nun aber das fr. 4 pr. de manum. vind. und das fr. 15 § 1 qui et a quib.: wenn der Vater dem Sohne gestattet hat, einen Sklaven freizulassen und der Sohn ihn freiläßt, unkundig dessen, daß der Vater unterdessen gestorben und er, der Haussohn, Eigenthümer geworden ist, so wird die Freiheit entweder pure verneint, oder doch nur als Ausnahme (favore libertatis) gestattet. Wäre nun nach dem Obigen nicht zu sagen: die Vindictafreilassung des Sohnes ist schon stricto jure gültig, da es ja unerheblich ist, ob der Freilasser als filiusfamilias oder als — unterdessen gewordener — Hausvater und Eigenthümer über den Sklaven disponiren wollte?

1) Da statuliberi a ceteris servis nostris nihilo paene differunt, fr. 29 pr. de statul.; fr. 9 pr. eod.; fr. 1 § 4 de SC. Sil. Vgl. auch Madai, Statuliberi S. 153 f. Vgl. aber auch fr. 9 § 16 de poen.

2) Vgl. auch fr. 67 pr. de cond. indeb. Nicht dasselbe würde gelten, wenn der vermeintliche statuliber noch als Sklave die Summe, welche nach seiner Meinung die Bedingung der Freiheit ist, aus dem peculium geben würde; denn die nummi peculiares ist der Sklave nur dann berechtigt jenem Dritten zu schenken, wenn und soweit er wirklich jussus est dare, wenn also die Bedingung der Freiheit nicht eine bloß vermeintliche ist, fr. 3 § 8 cit., vgl. fr. 3 § 1 und 2 de statul., fr. 53 de cond. ind., fr. 12 § 11 de captiv.

Allein hierbei würde man einen wesentlichen Punkt übersehen: die Freilassung eines Sklaven ist kein Akt der normalen Hauswirthschaft; sie ist überhaupt kein streng vermögensrechtlicher, sondern ein in das Familienrecht streifender Akt, ein Akt sehr persönlicher Natur, welcher insbesondere auch ein persönliches Verhältniß zwischen dem Manumissor und dem Freigelassenen knüpft: bei diesem Akte kann daher der Haussohn nicht als Organ der Hausgewalt handeln, sondern nur als Vertreter des Vaters, bei diesem Akte handelt er nicht a se, sondern a patre; darum wirkt sein Akt nicht, wenn unterdessen der Vater gestorben und er durch Erbgang Eigenthümer geworden ist.

Anhang I.

Aus den erwähnten Beispielen ergibt es sich, daß der vermeintliche Sklave in seinem Willen, eine dem dominus gehörige Sache zu veräußern, die Sache wirksam
auch wenn sie seine eigene ist; daß dies selbst dann gilt, wenn er als Sklave gar nicht fähig wäre, die betreffende Sache als Sache des dominus zu veräußern. Denn nicht darauf kommt es an, ob der Veräußerer glaubte, daß er veräußern könne, sondern nur darauf, ob die Voraussetzungen für die gültige Veräußerung realiter gegeben sind. Dies entspricht vollkommen den allgemeinen Principien; vgl. fr. 9 § 4 de jur. et facti ign. (cf. fr. 2 § 2 pro empt.), fr. 4 § 1 de manum. vind.; vgl. auch Jahrb. XVIII S. 137 f., Gesammelte Abhandlungen S. 457.

Bewiesen wird dies auch durch Stellen, welche von der Schenkung unter Ehegatten sprechen [1]): wer einer Frau schenkt,

1) Vgl. auch Bernhöft, Besitztitel S. 77 f. Dasselbe muß auch gelten, wenn Jemand in einer ungültigen Ehe ein Grundstück als dos erhält und dasselbe in der Meinung veräußert, daß die Veräußerung wegen Dotalqualität nichtig sei; vgl. Bachofen, Ausgewählte Lehren S. 93 f., Czyhlarz, Röm. Dotalrecht S. 200.

welche er für seine Ehefrau hält, während keine gültige Ehe zwischen ihnen besteht, der wird vermeinen, daß kein Eigenthum übergeht: er wird es vermeinen, weil das Schenkungsverbot einschlage; und doch geht Eigenthum über, und es kann nur fraglich sein, ob ein Rückforderungsrecht begründet ist; so Labeo in fr. 65 de don. i. v. et ux., so spätere Juristen, fr. 32 § 27 und 28 eod.; vgl. auch fr. 3 § 1 eod. und c. 7 eod. Insbesondere ist es von Interesse, wie hier Labeo für das gleiche Princip eintritt, welches Sabinus so nachhaltig verfochten hat[1]), daß plus est in re quam in opinione.

Anhang II.

Die Inder nahmen an, daß in früheren Weltaltern, vor dem Kali-yug, schon der bloß interne Wille bindend gewesen sei, in unserem Kali-yug aber gelte eine Bindung erst, wenn der Wille rechtsgeschäftlich bethätigt ist. Vgl. Mandlick, Vyavahara Mayukha p. 508. Unser Zeitalter verlangt eben die That, nicht die bloße Willenserregung.

1) Vgl. fr. 2 § 2 pro empt., vgl. mit fr. 4 § 1 de manum. vind.

V.

Ueber die sog. actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae actionis und die utilis actio de in rem verso.

Von
Professor Dr. **Schloßmann** in Kiel.

I. Einleitung.

Die actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae actionis, welche in l. 30 pr. de neg. g. 3,5:

Papinian. l. II. respons.

> Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: cuius litteras secutus contraxit et fideiussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis —.

und — wenigstens unter diesem Namen — sonst nirgends erwähnt wird, ist von jeher und bis auf die neueste Zeit Gegenstand lebhafter Erörterung gewesen. Aber so sehr man im wesentlichen über ihre rechtliche Bedeutung und in der rechtlichen Auffassung des ihr zu Grunde liegenden Thatbestandes

einig zu sein scheint, so fehlt es doch dabei auch nicht an erheblichen Streitpunkten; und bei näherer Betrachtung drängen sich doch so schwere Bedenken gegen die über diese actio verbreiteten Lehrmeinungen auf, daß es sich wohl der Mühe verlohnt, sich noch einmal eingehend mit ihr zu befassen, — zumal man diese merkwürdige actio auch an zahlreichen andern Stellen, in denen sie nicht ausdrücklich genannt ist, wiederzufinden, und — wie in der berühmten c. 7 § 3 Qu. cum eo 4,26 — zur Lösung anderer Räthsel wie eine bekannte Größe verwenden zu dürfen vermeinte; weil sie ferner in neuester Zeit als eine Etappe in der historischen Entwickelung des römischen Rechts der Stellvertretung bezeichnet worden ist[1]), und weil endlich für sie von nicht wenigen Schriftstellern auch für das heutige gemeine Recht und neben dem vollständig ausgebildeten System der direkten Stellvertretung eine erhebliche praktische Bedeutung in Anspruch genommen wird[2]), ja von einem derselben im Anschluß an jene actio sogar eine bisher allen Juristen entgangene, zwischen dem Kontraktschluß durch „Ersatzmann" und der durch „Stellvertreter" in der Mitte stehenden dritte Form der Contraktschließung entdeckt worden ist[3]).

Alle Erörterungen[4]) der a. neg. g. ad exemplum insti-

1) Vgl. Kohler, Jhering's Jahrb. XXV S. 127.

2) Kohler a. a. O. Ruhstrat in seinen verschiedenen, die a. neg. g. ad exemplum inst^ae behandelnden Arbeiten i. Magazin f. d. deutsche R. der Gegenw. III S. 1 ff. IV S. 161 ff. Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 481 ff. XXVII S. 129 ff.

3) Ruhstrat in dem Vorwort zu dem Separatabdruck aus dem Mag. f. d. d. R. III. (1883).

4) Ich nehme auf die vor unser Jahrhundert fallende Literatur über l 30 pr. cit. hier keine Rücksicht, da die Verworrenheit der daselbst über die a. neg. gest. ad exemplum inst^ae enthaltenen Ausführungen grenzenlos ist. Das gilt selbst von Cuiacius (cf. comm. in l. II. respons. Papiniani, ad l. 31 de neg. gest.) — —.

toriae knüpfen naturgemäß an die einzige, sie erwähnende l. 30 pr. cit. an, und gehen davon aus, daß die Gewährung des Darlehens an den libertus in der Stelle eine negotiorum gestio für den Herrn darstelle [5]), sodaß also die Formel für den vorliegenden Fall im Sinne der herrschenden Meinung nach Lenel's [6]) Rekonstruktion lauten müßte:

Quod A^us^ A^us^ (creditor) N^i^ N^i^ (mandantis) negotia gessit etc.

Alle Erklärer sehen ferner in der in l. 30 pr. cit. von Papinian für zuständig erklärten a. neg. gest. ad exemplum institoriae nichts anderes als die aus Geschäftsführung ohne Auftrag entspringende gewöhnliche a. neg. gest. contraria; und zwar hält die Mehrzahl sie für die a. vulgaris, nur eine wenige für eine a. neg. gest. utilis [7]).

---

5) Nur Windscheid, (Lehrb. II S. 482 Anm. 8) nimmt anscheinend insofern eine Sonderstellung ein, als er die Bezeichnung der dem Gläubiger gewährten actio als a. neg. g. auf lediglich formelle Gründe zurückführt: es handle sich um eine Frage der Formelconception; auch die Formel der a. neg. g. habe den iudex befähigt, die Verpflichtung des Auftraggebers zur Geltung zu bringen. — Aber in der Formel drückt sich doch ein materieller Rechtsgedanke aus, und die Gewährung der a. neg. g. — wenn eine solche hier wirklich im Spiel —, war dann doch nur denkbar, wenn man in dem vorliegenden Thatbestand eine negotiorum gestio fand.

6) Vgl. Edikt S. 86.

7) Chambon, Die Negotiorum gestio S. 190 f., meint, Papinian habe aus dem Grunde nur eine a. utilis für zulässig erklärt, weil wegen des Anspruchs des Darleihers gegen den Mandatar eine direkte Klage gegen den Herrn unmöglich gewesen sei. — Elsässer, Ueber die institorische Klage (1875) S. 28 f., sagt, der direkten Klage habe der Umstand entgegengestanden, daß der Gläubiger zunächst mit dem Mandatar und mit der Absicht, in erster Linie diesen verbindlich zu machen, kontrahire; diese Absicht lasse den animus negotia gerendi in den Hintergrund treten und benehme der contemplatio des gestor die Fähigkeit, eine a. directa zu erzeugten. — Ein Grund für die Annahme, daß es sich in der Stelle um eine a. utilis handle, wird von beiden freilich nicht angeführt, der Versuch,

Endlich besteht im wesentlichen Einhelligkeit über den Grund, aus welchem Papinian die a. neg. gest. in dem von ihm behandelten Falle als a. exemplum institoriae actionis bezeichnet. Man ist einig darüber, daß diese nähere Qualifikation der a. neg. gest. nicht etwa auf der Art der Fassung ihrer formula, sondern lediglich auf der Gleichheit der von der a. neg. gest. im vorliegenden Falle der von a. institoria verrichteten materiellen Funktionen beruhe: die der a. institoria zukommende Wirkung, einen Anspruch des Klägers gegen den Verklagten aus einem nicht mit diesem, sondern mit einem Dritten geschlossenen Geschäft zur Geltung zu bringen, verknüpfe sich hier auch mit der a. neg. gest.[8]).

---

sich ein Bild von der Gestaltung der Formel dieser a. utilis zu machen, nicht unternommen. Es braucht daher über den völligen Mangel an Schlüssigkeit der Argumente, welche die vermeintliche a. utilis erklären sollen, kein Wort weiter verloren zu werden.

Die von Ruhstrat früher im Arch. f. civ. Pr. XXXIII S. 36 geäußerte Meinung, es liege hier die auf dem prätorischen Recht beruhende a. neg. gest. vor — im Gegensatz zu der ursprünglichen, vom Civilrecht verliehenen — kann auf sich beruhen, da er selbst in seinen neueren Arbeiten diese, wohl von niemandem getheilte Theorie aufgegeben hat. — Jedoch sieht er auch jetzt offenbar noch in der a. neg. gest. ad exemplum institae eine von der gewöhnlichen a. neg. gest. verschiedene a. (vgl. Magazin f. d. deutsche R. der Gegenw. IV S. 163 und die übrigen oben citirten Abhh.) — Wie Kohler a. a. O. S. 126 f. sich diese a. vorstellt, ob als die a. neg. gest. vulgaris oder als eine besondere von ihr verschiedene, ist unklar; er überläßt es mit Einfügung von Gedankenstrich und Punkten dem Leser, seine Gedanken zu errathen: „Man konnte ihm die Gestionsklage gegenüber dem Herrn geben fr. 5 § 3 fr. 30 pr. de neg. gest. — und es entwickelte sich die a. ad exemplum instae. Bekanntlich war es Papinians Scharfblick, dem vorzüglich dieser Fortschritt zu verdanken war; im 2. Buche der Responsen lehnt er sich an die a. neg. gest. an: neg. gest. a. — — — ad exemplum instae ais."

8) Am prägnantesten ist dieser Gedanke ausgesprochen von Baron, Die adjecticischen Klagen S. 193: „Die a. neg. gest. gegen den Geschäftsherrn ist keine a. quasi institoria. Auch ist dies nicht die Meinung Pa-

Trotzdem schimmert in den Ausführungen Vieler (wie namentlich auch von Ruhstrat und Kohler) die unklare Vorstellung einer ganz eigenartigen a. neg. gest. hindurch.

In allen hier hervorgehobenen Punkten glaube ich den in der Literatur über die a. neg. g. ad exemplum inst^{ae} vertretenen Anschauungen widersprechen zu müssen.

Ich behaupte vor allem, daß der Abschluß des Darlehnskontrakts mit dem Mandatar eine negotiorum gestio des Darleihers für den Geschäftsherrn nicht sei und nicht sein könne, mag die „contemplatio" des letzteren, der „Seitenblick" (Ruhstrat), welchen der Darleiher auf den Herrn wirft, diesen noch so scharf fixiren.

Folgeweise muß ich bestreiten, daß die in l. 30 pr. cit. erwähnte a. negotiorum gestorum die gewöhnliche a. neg. gest. sei, und sich auf eine negotiorum gestio des Darleihers für den Prinzipal gründe.

---

pinians; er fügt das Wort „scilicet" hinzu. Dies soll besagen, daß die a. neg. gest. zu demselben Resultat führt, wie sonst die a. quasi inst^{a}; — und bei Keller, Pand. S. 521 (§ 238): „Zwar liegt in l. 30 pr. nur der materielle Gedanke der a. inst^{a} (Klage des Dritten gegen den dominus aus der Handlung des Beauftragten) als motivirend vor; dagegen formell handelt es sich nicht um Anwendung der a. inst^{a} oder überhaupt einer a. adiecticiae qualitatis, sondern der selbständigen a. neg. gest." — Vgl. Chambon a. a. S. 190. Elsässer a. a. O. S. 29. Ruhstrat Magazin d. d. Rts. III S. 15. Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 478, an welcher letzteren Stelle er in wenig verständlicher Weise sagt: „Die a. neg. gest. ad exempium inst^{ae} ging hervor aus einer Verbindung der Grundsätze von der neg. gestio mit denen der adjekticischen Klage." —

Auf die Aehnlichkeit der Funktionen führt auch Zimmermann (Die Lehre v. d. stellv. negotiorum gestio S. 320 N. 480) die Bezeichnung der a. als a. — ad exempium inst^{ae} zurück; er findet jedoch das tertium comparationis darin, daß das für die a. neg. gest. contraria sonst bestehende Erforderniß der utilitas hier wegfalle, weil der gestor, wie bei a. inst^{a} u. quasi inst^{a} sich auf den Willen des Prinzipals berufen könne.

Ich bestreite endlich, daß die Worte „scilicet ad exemplum institoriae actionis" eine materielle Aehnlichkeit der a. negotiorum gestorum mit der a. institoria andeuten sollen.

Ich halte die von Papinian erwähnte actio vielmehr für identisch mit der an anderen Stellen von ihm wie auch von Paulus und Ulpian, sowie in Kaiserkonstitutionen wiederholt erwähnten a. quasi institoria oder utilis a. ad exemplum institoriae.

Der Beweis dieser Behauptungen soll im Folgenden versucht werden.

II. Der Abschluß eines Darlehnskontrakts mit dem Beauftragten ist keine negotiorum gestio des Darleihers für den Auftraggeber. Widerlegung der Ansichten von Zimmermann, Baron und Ruhstrat.

1. Wer dem von einem Anderen zur Aufnahme eines Darlehns Beauftragten das Darlehn gewährt, der gerirt hiermit nicht ein negotium des Auftraggebers.

Das Gegentheil wird von den Meisten ohne weiteres als selbstverständlich angesehen und eine Rechtfertigung dieser Annahme durch genauere Vergleichung des vorliegenden Thatbestandes mit dem Thatbestande, wie er aus den Quellen sich sonst als Voraussetzung der a. neg. gest. contraria ergiebt, nirgends versucht[9]). — Die fehlende Motivirung wird man im Sinne dieser Rechtslehrer in folgender Weise zu ergänzen haben: Der

9) Vgl. Keller, Vorles. § 238. Huschke, Die Lehre des r. R. vom Darlehn S. 76. Kohler a. a. O. S. 86 Anm. 3, S. 126. Elsässer a. a. O. S. 27 („Die Gewährung der a. neg. g. im Falle der l. 30 cit. hat an sich gar nichts Auffälliges, da die Erfordernisse dieser Klage gegeben sind").

Herr benöthigt einer Geldsumme. Der Dritte, der dem von dem Herrn Beauftragten das Geld darleiht, verschafft dem Herrn hiermit die von ihm gesuchte Summe, indem er sich hierzu gerade desjenigen Weges bedient, welchen jener durch die Ertheilung des Auftrages als einen ihm zu diesem Zwecke geeigneten bezeichnet hat. In der Darleihung des Geldes muß daher eine negotiorum gestio für den Herrn ganz ebenso gefunden werden, wie eine solche zweifellos dann vorliegen würde, wenn jemand etwa in Kenntniß des Geldbedürfnisses des Herrn durch Leistung einer Bürgschaft für ihn oder durch Intervention ihm Kredit oder Geld verschaffte. Und die a° neg. gest. contraria muß selbst dann Platz greifen, wenn der Mandatar dem Herrn das ihm dargeliehene Geld nicht abliefert. Denn die Uebereinstimmung seines Verfahrens mit dem vom Herrn geäußerten Willen läßt die Gewährung des Darlehns an den selbst unredlichen Mandatar als ein utiliter coeptum erscheinen.

Vor Widerlegung dieser Argumentation will ich zunächst die Ausführungen derjenigen Rechtslehrer einer Erörterung unterziehen, welche die Annahme einer negotiorum gestio im vorliegenden Falle näher begründen, oder doch wenigstens durch die Art, wie sie sich den Thatbestand der l. 30 pr. cit. zurechtlegen, eine von der obigen abweichende Begründung durchblicken lassen.

Nach Zimmermann (a. a. O. S. 317 ff.) sollen die Römer für den Fall, wenn jemand im Interesse eines Anderen Geld von einem Dritten annimmt, drei Möglichkeiten unterscheiden: 1) daß gar keine Darlehnsschuld begründet werden solle, sondern die Bestimmung des Geldes für den Prinzipal in der Weise hervortrete, daß der Hingebende einfach als negotiorum gestor desselben erscheine [Fall der l. 5 § 3 (6 § 1) de neg. g. 3, 5]; 2) daß umgekehrt der Empfänger das Geld

rein in eigenem Namen empfange; hier entstehe eine Darlehnsobligation nur in seiner Person (Fall der Zwischenperson. — c. 4 si tutor 2, 25); 3) daß der Empfänger zwar eine eigene Darlehnsschuld begründet, daß aber die Bestimmung des Geldes für die Interessen des Prinzipals in der Weise rechtsgeschäftlich hervortritt, daß der Verpflichtungswille des Hingebenden sich nicht blos auf den Empfänger, sondern auch auf den Prinzipal richtet (Fall der l. 10 § 5 mand. 17, 1 und l. 30 pr. cit.). —

Es soll hier nicht weiter ausgeführt werden, wie mißlich es ist, die Verschiedenheit der Rechtsfolgen verschiedener, aber doch einander nahe verwandter Thatbestände auf eine Verschiedenheit der Willensrichtungen der Parteien zurückzuführen, und diesen das Vermögen zum Erkennen feiner juristischer Unterscheidungen zuzutrauen, die selbst dem Juristen oft problematisch erscheinen. Hier genügt es, festzustellen, daß dasjenige Moment, welches Zimmermann als ein für eine Verpflichtung des Herrn aus negotiorum gestio wesentliches ansieht, weder in l. 30 pr. cit. noch in l. 10 § 5 mand. irgendwo vorkommt, geschweige denn als entscheidend hingestellt wird. Wie von andern, so wird auch von Zimmermann hier offenbar auf die Worte: cuius literas secutus (creditor contraxit) besonderer Werth gelegt und das diesen Fall besonders charakterisirende, von den Fällen 1 und 2 unterscheidende Merkmal gefunden. Jene Worte besagen aber doch nichts weiter, als daß der Darleiher zufolge des ihm bekannt gewordenen Schreibens des Auftraggebers mit dem Mandatar kontrahirt habe. Daß er „seinen Verpflichtungswillen auf den Mandanten gerichtet habe", m. a. W. daß er auf die Rückzahlung des Darlehns von Seiten des Mandanten gerechnet und ihn zu seinem Schuldner habe machen wollen, läßt sich aus ihnen in keiner Weise entnehmen, ebensowenig

wie in l. 10 § 5 mand. aus den Worten: „qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam acciperet“ sich etwas weiteres schließen läßt, als daß der Bürge durch die Rücksicht auf die Ermächtigung des procurator zur Aufnahme eines Anlehens zur Uebernahme der Bürgschaft veranlaßt worden sei. Die Erwägung, daß hinter seinem Mitkontrahenten dessen Prinzipal stehe, und daß dieser wohl für seinen Mandatar gut sein werde, ist doch wesentlich verschieden von der Absicht, den Prinzipal zum Schuldner zu erhalten.

Noch weniger aber würde man aus jenen Worten entnehmen können, daß die Bestimmung des Geldes für den Herrn bei Abschluß des Kontraktes „rechtsgeschäftlich hervorgetreten sei“. Denn mit diesen Worten Zimmermanns wird man nur den Sinn verbinden können, daß jene Bestimmung zwischen dem Kreditor und Mandatar vereinbart worden sei. Ueberdies würde nicht abzusehen sein, wie eine solche Vereinbarung der Kontrahenten gegenüber dem an dem Kontraktsschluß ganz unbetheiligten Herrn irgend eine Wirkung haben könnte. —

Mit einer zwischen Gläubiger und Mandatar „vereinbarten contemplatio“ operirt auch Ruhstrat in seinen verschiedenen unsere Frage betreffenden Abhandlungen; und es würde zu seiner Widerlegung der einfache Hinweis auf den Mangel jeder Andeutung einer solchen Vereinbarung in den Quellen genügen. Ich halte es aber im Interesse einer möglichst gründlichen Widerlegung der hier bekämpften Meinungen für zweckmäßig, auf alle Argumente, welche zu Gunsten der Annahme einer negotiorum gestio in l. 30 pr. cit. geltend gemacht worden sind, einzugehen.

Ruhstrat findet in der „Vereinbarung der contemplatio domini“ die stillschweigende Verabredung, daß der geliehene

Betrag dem Mandanten zu Gute kommen, folglich von dem Empfänger nicht an den Gläubiger zurückgezahlt werden solle. Der Gläubiger verzichte contemplatione domini auf seine Darlehnsklage. Mit der Vereinbarung, daß das geliehene Geld oder vielmehr ein gleicher Betrag in der angegebenen Weise für die negotia domini zu verwenden sei, sei zugleich ausgemacht, daß der procurator seine Darlehnsschuld mit dieser Verwendung abzutragen, daß der Gläubiger diese Verwendung oder genauer: das Versprechen dieser Verwendung als Bezahlung zu betrachten habe; wegen dieser Aufopferung, durch welche er den Herrn von dem Regreßanspruch des Mandanten befreie, könne er von dem Herrn mit der a. negotiorum gestorum Ersatz fordern.

Es ist zu verwundern, daß Ruhstrat bei seinen immer wieder erneuten Darlegungen dieser seiner Ansicht deren völlige Unhaltbarkeit nicht schon längst zum Bewußtsein gekommen ist, welche selbst unter der Voraussetzung einer „vereinbarten contemplatio domini“ klar zu Tage liegt.

Zuvörderst ist schlechterdings nicht einzusehen, weshalb die Vereinbarung, das Geld solle dem Mandanten zu Gute kommen, einen Verzicht auf die Darlehnsklage gegenüber dem Mandanten einschließen solle. Sicher will der Gläubiger das Geld nicht verschenken, sondern es zurückerhalten. Schließt denn aber jene Vereinbarung es nothwendig aus, daß er sich die Rückzahlung durch den Mandatar ausbedingt? Und weiter: wird jemand im Ernste glauben, daß eine Partei auf eine derartige Idee verfallen könnte: einen Darlehnskontrakt zu schließen, durch ihn einen Anspruch gegen den Darlehnsnehmer zu erwerben, um auf ihn sofort wieder zu verzichten und durch diesen Verzicht einen Gestionsanspruch gegen den Mandanten zu gewinnen? Allerdings soll das alles nach Ruhstrat „stillschweigend“ vereinbart sein. Aber was sind das anderes als Fiktionen,

die doch einem in der heutigen Jurisprudenz glücklicherweise so gut wie überwundenen Standpunkte angehören!

Aber der Unterstellung eines Verzichtes des Gläubigers auf seinen Darlehnsanspruch steht auch der Inhalt der Stelle selbst schnurstracks entgegen. Der Gläubiger hat einen Bürgen angenommen; natürlich für die Darlehnsschuld des Mandatars. Das würde von vornherein mit der ihm zugeschriebenen Absicht auf den Darlehnsanspruch zu verzichten in schneidendem Widerspruch stehen, würde aber zugleich völlig zwecklos sein, da ein Verzicht auf den Darlehnsanspruch auch den Bürgen sofort wieder befreit haben würde. In Wirklichkeit aber ist der Bürge in l. 30 pr. cit. obligirt geblieben; denn Papinian erörtert ausdrücklich die Art, wie er seinen Regreß gegen den Herrn nehmen könne.

Doch zugegeben, ein Verzicht auf die Darlehnsforderung liege vor. Was wäre damit gewonnen? Er könnte doch nur wirksam sein, wenn der Gläubiger zu einem wirksamen Verzicht fähig wäre. Der Verzicht eines Minderjährigen oder eines entmündigten Verschwenders würde demnach den Mandanten von dem Regreßanspruch des Mandatars nicht befreien. Papinian aber macht die Zuständigkeit der a. negotiorum gestorum von irgend welchen anderen Voraussetzungen, als der Hingabe des Darlehns an den Mandatar in Uebereinstimmung mit dem vom Herrn diesem ertheilten Auftrage nicht abhängig.

Und welchen Vortheil hätte ferner das Opfer des Gläubigers dem Herrn gebracht? Hierauf ist zu antworten: der Verzicht des Gläubigers könnte nur dann dem Herrn einen Nutzen bringen, wenn durch Abschluß des Darlehnskontrakts für den Mandatar ein Regreßanspruch gegenüber seinem Mandanten zur Entstehung kam. Die a. neg. gest. würde mithin ausgeschlossen sein, wenn der Mandatar bereits Deckung vom Mandanten in Händen hatte, auf welche hin ihm der Auftrag

ertheilt war (z. B. er hatte eine compensable Gegenforderung an den Mandatar; oder er hat ihm Sachen übergeben mit der Anweisung, sie zu gelegener Zeit zu verkaufen und mit dem Erlöse die in seinem Interesse übernommene Verbindlichkeit zu tilgen); ferner wenn der Mandatar an den Mandanten das Geld nicht abführt, sondern für sich verwendet. In l. 30 pr. cit. aber ist die Zuständigkeit der a. negotiorum gestorum nicht nur nicht von dem Bestehen einer Regreßpflicht des Mandanten abhängig gemacht, sondern ausdrücklich auch für den Fall bejaht, daß das Geld ihm nicht zugekommen ist („etiamsi pecunia non sit in rem eius versa“)[10]. —

10) Ruhstrat (Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 472 Anm. 20) hält die a. neg. gest. ad exemplum inst^ae^ auch dann für anwendbar, wenn der Gläubiger contemplatione domini mit einem Sklaven kontrahirt hat. Hier trifft seine Argumentation natürlich nicht zu; denn der Herr ist dem Sklaven in keinem Falle regreßpflichtig. Gegenüber c. 6 de exerc. a. aber (‚Qui secutus domini voluntatem cum servo ipsius habuit contractum, ad instar actionis institoriae recte de solido dominum convenit‘), in welcher Ruhstrat die a. neg. gest. ad exemplum inst^ae^ wiederzufinden glaubt, sieht er sich zu einer anderen Erklärung genöthigt. Der Gläubiger habe sich hier im Interesse des Prinzipals mit einer blos naturalen Forderung begnügt, und werde wegen dieses Nachtheils dadurch entschädigt, daß er die Naturalobligation mit a. neg. gest. quasi institoria geltend machen könne, als wäre sie eine civile Obligation. — Damit verzichtet er aber wieder auf eine von ihm selbst für wesentlich erachtete Voraussetzung der a. neg. gest.: die Verschaffung eines Vortheils für den Herrn durch ein Vermögensopfer des Gerenten. Denn daß in dem Sichbegnügen mit einer bloßen Naturalobligation ein Vermögensopfer des Darleihers liege, wird schwerlich jemand glauben; und ebensowenig, daß dem Herrn von dem Darleiher dadurch ein Vortheil verschafft worden sei, daß er mit einem Menschen, dem er nicht regreßpflichtig ist, kontrahirte, obwohl es ihm vielleicht — vielleicht aber auch nicht — möglich gewesen wäre, durch Kontrahieren mit einem freien procurator des Herrn diesen regreßpflichtig zu machen. — Der ganzen geschraubten Argumentation R.'s fehlt aber die Grundlage, da l. 6 cit. gar nicht von einer a. neg. gest. ad exemplum inst^ae^, sondern von der a. certae creditae pecuniae quasi institoria handelt; vgl. unten S. 322 ff.

Mit beneidenswerther Kaltblütigkeit sucht Ruhstrat so eine Reihe von theoretischen Abgründen zu überschreiten, denen sich fernzuhalten die Vorsicht dringend geboten hätte. —

Aber auch Baron[11]), welcher das Vorhandensein einer den Herrn obligirenden negotiorum gestio wenigstens mit einigen Worten zu erklären versucht, obwohl er es für ziemlich selbstverständlich anzusehen scheint, ist in der Rettung der a° negotiorum gestio des Gläubigers nicht glücklicher gewesen.

Gerade der Darlehnskontrakt, meint er, sei vorzüglich geeignet gewesen, „sich mit einer negotiorum gestio zu verbinden". „Ich kann jemandem ein Darlehen geben mit der Abrede, daß es zum Besten eines Dritten verwendet werde. Indem der Darlehnsgeber diese Abrede zum Bestandtheil des Vertrages macht, gerirt er die Geschäfte des Dritten und erwirbt gegen ihn eine Klage nach den Grundsätzen der negotiorum gestio." Aber in vollem Gegensatz zu Ruhstrat nimmt er an, daß Papinian in l. 30 cit. neben der a. neg. gest. dem Darleiher auch den Darlehnsanspruch gegen den Mandatar zuschreibe (S. 193).

Mir scheint im Gegentheil, daß kein Kontrakt weniger als gerade der Darlehnskontrakt „geeignet sei, sich mit einer a. neg. gest. zu verbinden".

Denn das mutuum verträgt nach römischem Recht eine solche Modalität, wie sie hier für möglich gehalten wird, mit nichten. Während die intentio der a. certae creditae pecuniae stets auf die einfache Alternative: si paret C dare oportere — si non paret — gestellt ist, würde durch eine solche Abrede der Gegenstand der Obligation ein incertum werden. Zudem würde die Abrede, ganz abgesehen von ihrer völligen Unbestimmtheit (— was heißt: Verwendung zum Besten des

11) Die adj. Klagen S. 193, S. 41.

Mandanten? —) auch aus dem Grunde ungültig und wesenlos sein, weil der an dem Vertrage nicht betheiligte Mandant aus ihr einen Anspruch nicht erwerben, aber auch der Darleiher wegen mangelnden Interesses auf ihre Erfüllung nicht würde dringen können[12].

Hätte daher der Empfänger die Rückzahlung des Geldes übernommen, so würde die Erfüllung der Zusage, das Geld für den Auftraggeber zu verwenden, — soweit wenigstens sein Verhältniß zum Darleiher in Betracht kommt, — lediglich in seinem Belieben stehen, der Darleiher aber keinen anderen als einen gewöhnlichen Darlehnsanspruch gegen ihn erworben haben.

Nimmt man dagegen an, daß bei Hingabe des Geldes an den Mandatar lediglich die Verwendung zum besten des Mandanten vereinbart worden wäre, so würde der Vertrag nur entweder als mandatum oder als datum ob causam qualifizirt werden können. Bei dieser Auffassung würde aber dem Mitkontrahenten des Mandatars ein mittelst a. mandati directa oder condictio causa data causa non secuta ver-

12) Nach heutigem Rechte würde freilich der Dritte einen Anspruch aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage geltend machen können. Mir ist folgender Fall aus der Praxis bekannt: der meistbetheiligte Gläubiger eines zahlungsunfähig gewordenen Kaufmanns hat sich erboten, den sämmtlichen übrigen zustimmenden Gläubigern eine bestimmte Akkordsumme zu zahlen, dafür aber das gesammte Waarenlager und die Außenstände des Kaufmanns zu übernehmen, um sie selbst zu versilbern und sich wegen seiner ursprünglichen Forderung sowie wegen der ausgezahlten Akkordsumme aus dem Erlöse bezahlt zu machen, — alles das aber unter der Bedingung, daß ihm der Bruder des Schuldners bis zu einem bestimmten Termine eine zur Regulirung sofort erforderliche Geldsumme zinslos vorschieße. Der Bruder giebt das Darlehn unter der Bedingung, daß das Arrangement in der angegebenen Weise von dem Empfänger durchgeführt werde. — Eine a. neg. gest. contraria würde aber auch hier aus später oben darzulegenden Gründen nicht stattfinden.

folgbarer Anspruch nur dann zustehen, wenn die vorgeschriebene Verwendung nicht erfolgt wäre; mit Erfüllung des Auftrages würde jeder Anspruch an den Mandanten erlöschen, oder richtiger die Möglichkeit der Entstehung eines solchen abgeschnitten sein. Ob in diesem Falle auch dem Dritten eine a. neg. gest. contraria gegen den Herrn vielleicht zustehe, das wird später zu untersuchen sein. Jedenfalls wäre dies aber nicht der Fall der l. 30 cit., in welchem zweifellos ein Darlehnsanspruch gegen den Mandanten unterstellt ist.

III. Fortsetzung. Lex 5 § 3 (l. 6 § 1) de negotiis gestis.

Nach Widerlegung der für die Annahme einer negotiorum gestio geltend gemachten Argumente ist nunmehr der direkte Beweis der Unmöglichkeit dieser Annahme zu unternehmen.

Ich bediene mich zu diesem Zwecke zunächst des argumentum a contrario aus einer Stelle, welche einen dem Falle der l. 30 pr. cit. nahe verwandten Thatbestand behandelt, nämlich l. 5 § 3 (l. 6 § 1) de neg. gest. 3, 5:

Ulpian. l. X. ad edictum:

> Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum cum quo contraxi nullam. quid tamen si a procuratore tuo stipulatus sum? potest dici superesse mihi adversus te negotiorum gestorum actionem, quia ex abundanti hanc stipulationem interposui.

Aus einer Beleuchtung des Verhältnisses dieser Stelle zu

l. 30 pr. cit. werden wir auch für das Verständniß dieser letzteren erheblichen Gewinn ziehen. Soviel ich sehe, ist dieser Frage eine eindringende Erörterung noch nicht zu Theil geworden.

Baron erwähnt l. 5 § 3 de neg. gest. gar nicht; Ruhstrat findet Thatbestand und Entscheidung in beiden Stellen identisch; die anderen Schriftsteller finden sich meist mit einigen oberflächlichen, zum Theil nicht verständlichen Bemerkungen ab[13]).

Das Verständniß der l. 5 § 3 cit. wird vielleicht dadurch gefördert, daß wir uns ihren Thatbestand etwas konkreter ausmalen:

A ist durch irgendwelche Umstände fern von seinem Wohnort festgehalten, und in seiner Abwesenheit werden Schulden von ihm fällig, deren Nichtbezahlung den Konkurs oder einen ihm ungünstigen Verkauf der von ihm bestellten Pfänder zur Folge haben kann. Der von ihm zurückgelassene Procurator hat die zur Befriedigung der Gläubiger und zur Abwendung jener Gefahr erforderlichen Baarmittel nicht in Händen; von dem in der Ferne weilenden Schuldner sind sie nicht zu erlangen. Da nimmt sich ein Freund, der von der Sachlage Kenntniß erhalten, seiner Angelegenheiten an. Er könnte die Gläubiger unmittelbar selbst befriedigen oder selbst die Pfänder auslösen; er würde dann zweifellos einen mit a. neg. gest. contraria verfolgbaren Anspruch auf Wiedererstattung des Aufgewandten gewinnen. Er zieht es vor, die Sache durch den mit den Angelegenheiten seines Herrn vertrauteren Procurator ordnen zu lassen und übergiebt ihm die hierzu erforderliche Geldsumme mit der Anweisung, sie zur Tilgung der Schulden zu verwenden.

Daß eine derartige Hingabe von Geld mit einer den

13) Vgl. z. B. Chambon a. a. O. S. 190. Elsässer a. a. O. S. 25. Kohler a. a. O. S. 86 Anm. 3.

Empfänger bindenden Anweisung hinsichtlich der Verwendung nicht mutuum sein könne, ist oben (S. 300) gezeigt worden. Der Procurator empfängt hier in Wahrheit nicht ein Darlehen, sondern einen Auftrag und die zu dessen Ausführung erforderlichen Geldmittel (dedero — u t liberet). Die Bezeichnung des hingegebenen Geldes als ‚pecunia mutua' kann hiergegen um so weniger geltend gemacht werden, als ja der Jurist selbst die Anwendbarkeit einer Darlehnsklage leugnet: es ist klar, daß Ulpian den Ausdruck hier nicht im streng juristischen, sondern in dem vulgären Sinne eines irgendwie zurückzuerstattenden Geldvorschusses brauchte. Folgerecht hat der Retter in der Noth hier keine Darlehnsklage gegen den Procurator; aber eine negotiorum gestio lag doch in seinem Handeln ganz ebenso, als ob er statt sich der Hülfe des Procurators zu bedienen, in eigener Person die Gläubiger abgefunden hätte; und so ist die a. neg. gest. contraria gegen den Herrn begründet[14])[15]).

14) ‚Adversus eum cum quo contraxi nullam', sagt Ulpian. Das ist richtig, wenn, wie er wohl voraussetzt, der procurator auftraggemäß mit dem Gelde verfahren ist. Daß aber, wenn er das Geld unterschlagen hätte, der Geber es mit a. mandati zurückfordern könnte, scheint mir zweifellos. Ob er auch in diesem Falle a. neg. gest. gegen den Herrn haben würde, das wird davon abhängen, ob in der Ertheilung des Auftrages an den procurator ein utiliter coeptum lag oder nicht. War dieser ein Mann, bei dem er sich einer Unredlichkeit versehen konnte (‚si perdituro pecuniam sciens dederit'; — arg. l. 24 § 4 de minor. 4, 4, l. 12 § 11 mand. 17, 1), so wird ihm die a. neg. gest. zu versagen sein; hatte er keinen Grund, ihm zu mißtrauen, so wird ihn kein Vorwurf treffen, wenn er demjenigen vertraute, den der Herr selbst als seinen Vertrauensmann zurückgelassen hatte. — Daß Ulpian ein von dem procurator gegebenes Stipulationsversprechen für ungültig halte, sagt er übrigens nicht ausdrücklich; mittelbar aber ergiebt es sich daraus, daß er ein solches als überflüssig bezeichnet (ex abundanti hanc stipulationem interponi). Wäre es wirksam gewesen, so hätte es dem Gerenten neben der a. neg. gest. doch noch die Stipulationsklage gegen den Herrn gewährt, wäre also doch,

Liegt nun nach l. 5 § 3 cit. gerade in dem Auftrag zur Verwendung des dem procurator gegebenen Geldes dasjenige Moment, welches sein Handeln als negotiorum gestio für den Herrn erscheinen läßt, so folgt, daß die Gewährung eines Vorschusses ohne einen solchen bindenden Auftrag negotiorum gestio nicht sein, die Hingabe des mutuum an den procurator also eine a. neg. gest. gegen den Herrn nicht begründen könne.

---

wenngleich nicht nöthig, um ihm überhaupt einen Anspruch zu verschaffen, doch sicherlich nicht überflüssig gewesen (vgl. den Ausdruck ‚ex abundanti auch in l. 20 pr. de manumiss. 40, 1, l. 9 pr. de supell. leg. 33, 10, l. 12 § 46 de instr. leg. 33, 7). Aber auch aus inneren Gründen ergiebt sich die Unwirksamkeit der Stipulation. Denn da der procurator sich nicht zur Rückgabe, sondern zur auftragsgemäßen Verwendung des Geldes verpflichtet hatte, entbehrte die Promission, das Geld dem Geber zu zahlen, der materiellen causa und konnte darum durch condictio oder durch exceptio doli entkräftet werden. Nur als fideiussio für die Verpflichtung des Herrn aus der für ihn erfolgten negotiorum gestio hätte sie gültig sein können (vgl. z. B. l. 3 § 11 de neg. gest.); eine solche ist aber in der Stelle nicht in Frage.

15) Genau derselbe Fall wie in l. 5 § 3 cit. liegt auch in l. 5 § 1 i. f. quando ex facto tut. 26, 9 vor. Papinian. lib. V respons.: Tutor qui pecuniam se soluturum cavit, quam pater pupilli condemnatus fuerat, actionem post tutelam finitam recte recusat. non idem in eo placuit, qui suo nomine mutuam pecuniam accepit, et indicatum pro pupillo fecit, nisi forte creditor ideo contraxit, ut in causam iudicati pecunia transiret. Auch hier erfolgt die Hingabe des Geldes mit einer bestimmten Anweisung in Betreff der Verwendung. Das ist kein mutuum. Daher hatte der Dritte hier gegen den pupillus die a. neg. gest. — Wenn Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 183 ff. das Wort ‚caverit‘ in l. 13 § 25 de a. e. v. übersetzt: „wenn der Bevollmächtigte dem Käufer zugesichert hat, daß er für Rechnung des Prinzipals verkaufe“, so läßt sich das einzig und allein aus seiner Voreingenommenheit für seine Theorie erklären. — Aufmerksam zu machen ist übrigens gelegentlich dieser Stelle auf die Verschiedenheit der Ausdrucksweise hier und in l. 10 § 5 mand. In letzterer drücken die Worte: ideo — quia das Motiv, in jener die Worte ideo — ut die Zweckbestimmung aus.

Die Vergleichung der beiden Stellen ergiebt zugleich, daß ‚contemplatione domini' und ‚litteras domini secutum contrahere' völlig verschiedene Dinge bezeichnen[16]).

Daß es aber zwischen dem Handeln contemplatione domini und dem Kontrahiren mit dem procurator noch ein Drittes, wie es die herrschende Lehre für möglich hält, nämlich ein Kontrahiren mit dem procurator unter „beiläufiger Kontemplation" des Herrn (Chambon) oder mit einem „Seitenblick" auf den Herrn (Ruhstrat) u. ä. nicht giebt, und daß die römischen Juristen ein solches Drittes nicht für möglich halten, das folgt nicht nur aus dem Schweigen von dieser Kombination in l. 5 § 3 cit., sondern auch aus der Nichterwähnung in einer anderen Stelle, wo die beiden anderen möglichen Arten des Handelns einander ausdrücklich gegenübergestellt sind, und wo diese Kombination, wenn sie denkbar wäre, nothwendig hätte erwähnt werden müssen: l. 5 § 8 de neg. gest.

Ulpian. lib. X ad edictum:

> Si ego tui filii negotia gessero vel servi, videamus, an tecum negotiorum gestorum haberem actionem. et mihi videtur verum, quod Labeo distinguit et Pomponius libro XXVI. probat. et si quidem contemplatione tui negotia gessero peculiaria, tu mihi tenearis: quod si amicitia filii tui vel servi vel eorum contemplatione, adversus patrem vel dominum de peculio dumtaxat dandam actionem.

Vgl. auch l. 10 § 5 de in rem verso 15, 4[17]).

---

16) Vgl. auch unten Anm. 42.

17) Vgl. unten S. 370, Anm. 19.

IV. Fortsetzung. Innere Gründe gegen die negotiorum gestio des Darlehnsgebers.

Auch wenn man das aus l. 5 § 8 (6 § 1) de neg gest. hergeleitete Argument beiseite läßt, so führen uns innere Gründe zu der Ueberzeugung, daß die Gewährung eines Darlehens an den von einem Dritten zur Aufnahme eines Darlehens Beauftragten eine negotiorum gestio für jenen Dritten nicht sein könne.

Damit der Darleiher von dem Mandanten mittelst a. neg. gest. contraria einen der Darlehnssumme gleichkommenden Betrag zurückfordern könne, müßten zwei Voraussetzungen zusammentreffen:

1) Der Darleiher müßte jenen Betrag im Interesse des Mandanten rein aufgewendet haben, sein Vermögen genau um ihn vermindert sein;

2) jener Betrag müßte dem Mandanten zugekommen, sein Vermögen genau um jenen Betrag vermehrt sein.

Keine von beiden Voraussetzungen trifft zu.

Zu 1. Eine reine Aufwendung des dargeliehenen Betrages durch den Darleiher liegt nicht vor. Denn er hat für sein Geld einen Darlehnsanspruch gegen den Mandatar, für das weggegebene ein neues Aktivum eingetauscht. Allerdings würde sein Vermögen um die Darlehnssumme verringert erscheinen, wenn der Mandatar vermögenslos ist. Aber auch bei Zahlungsunfähigkeit würde doch der Mangel der zweiten Voraussetzung die a. negotiorum gestorum jedenfalls ausschließen.

Zu 2. Das Vermögen des Mandanten ist um den Betrag der Darlehnssumme nicht vermehrt. Denn hatte der procurator bei Eingehung der Darlehnsobligation von dem Mandanten bereits Deckung in irgend einer Form in Händen

(vgl. oben S. 299), so bildete die ihm von dem procurator ausgezahlte Darlehnssumme oder der mit a. mandati verfolgbare Anspruch auf Auszahlung für ihn nur das Aequivalent für einen bereits vorher von ihm veräußerten Vermögenswerth. Hatte der procurator ohne Deckung sich im Interesse seines Mandanten obligirt, so konnte, so lange er das Geld von diesem nicht erhalten, er die Auszahlung von ihm nur gegen Befreiung des procurator von seiner Darlehnsobligation oder gegen Bestellung einer Sicherheit hierfür erzwingen[18]; das in dem Anspruch auf Auszahlung gewonnene Aktivum war also durch ein entsprechendes Passivum aufgewogen. — Hatte der mit Deckung nicht versehene procurator ihm das Geld ausgezahlt, so war der Mandant mit der Liberationspflicht gegen den procurator belastet. — Verzichtete dieser etwa donandi animo auf den Liberations- oder Kautionsanspruch, so war er allerdings um den Darlehnsbetrag rein bereichert, aber nicht auf Kosten des Darleihers, sondern des Schenkers. — Etwaige Insolvenz des procurator vermag offenbar in allen diesen Fällen die sonst nicht vorhandene Vermögensvermehrung nicht zu beschaffen.

V. Unhaltbarkeit der Konsequenzen der bekämpften Ansicht.

Die Unhaltbarkeit einer Theorie muß sich auch in ihren Konsequenzen offenbaren. Sie soll hier noch an einigen Folgerungen aus der hier bekämpften Lehre aufgewiesen werden.

Es liegt kein Grund vor, diese Lehre gerade auf den Darlehnsvertrag zu beschränken. Ist sie richtig, so muß sie sich auch an anderen Geschäften, z. B. beim Kauf bewähren.

18) Vgl. l. 45 pr. § 2 mand. 17, 1.

Nehmen wir also an, A hätte den B zum Kauf einer Sache für ihn beauftragt und ihm den Preis vorgeschossen, so würde, wenn B die Sache von C kaufte, C den Preis nicht nur mit a. venditi von C, sondern auch mit a. neg. gest. contraria von A fordern, A also genöthigt werden können, den Preis zum zweiten Male aufzuwenden. Man darf nicht einwenden, daß das Gleiche auch nach dem Prinzip der freien Stellvertretung, ja auch bei der a° institoria, falls nicht eine Kollusion zwischen dem institor und dem Verkäufer vorliegt, eintreten könnte, wenn der Stellvertreter den Vorschuß unredlicherweise behalten oder ihn verloren hätte. Denn es handelt sich für die hier bekämpfte Theorie um die Frage, ob ein utiliter gestum vorliege; und das ist sicher zu verneinen.

Aber weiter! Die Höhe des mit a. neg. gest. zu fordernden Betrages wird lediglich bestimmt durch den Aufwand des gestor und durch die dem dominus negotii zugeflossene Vermögensvermehrung; irgend eine Berücksichtigung der zwischen dem procurator und dem Verkäufer stattgehabten Preisverabredung läßt sich aus den Grundsätzen der negotiorum gestio nicht begründen. Sehen wir also davon ab, daß, wie oben gezeigt, die zwischen dem procurator und dem Verkäufer einerseits, wie andererseits zwischen dem erstern und dem dominus begründete obligatorische Beziehung die beiden Voraussetzungen der a. neg. gest. ausschließe, so würde der Verkäufer ganz unabhängig von dem Inhalte des Kaufvertrages einen über den verabredeten Kaufpreis hinausgehenden Betrag von dem Herrn fordern können, falls er die Sache dem procurator etwa zu billig, aber auch nur einen geringern, wenn er sie ihm zu theuer verkauft hätte.

In gleicher Weise würde es dem Darleiher möglich sein, durch die a. neg. gest. von dem Mandanten mehr zu erlangen, als er mit der Kontraktsklage von dem Mandatar

erlangen könnte, und so jenem die Vortheile zu entziehen, welche ihm dieser durch den in seinem Interesse geschlossenen Kontrakt verschaffen wollte. Hat nämlich der Mandatar ein zinsloses Darlehen aufgenommen, so könnte der Darleiher dennoch mit der a. neg. gest. contraria, als einer bonae fidei a., vom Mandanten auch Zinsen fordern. Ebenso würde auch bei jedem von einem institor geschlossenen stricti iuris negotium, sofern es sich nur als dem Prinzipal nützlich erwiese, der Mitkontrahent mittelst der a. neg. gest. die Vortheile einer a. bonae fidei verschaffen, während er mit der a. institoria den Anspruch gegen den Herrn nur innerhalb der Grenzen, in denen er gegen den institor begründet ist, zur Geltung bringen könnte. Daß diese Konsequenz höchst unbillig, liegt auf der Hand; aber sie widerspricht auch den Quellen. Ulpian[19]) behandelt in dem 29. Buche seines Ediktkommentars die Frage, ob, wer einem Sklaven zinslos Geld dargeliehen hat, welches dann in das Vermögen des Herrn verwendet ward, von dem Herrn nur das Kapital, oder auch Zinsen fordern könne. Er unterscheidet: Hat er nicht in der Absicht, für den Herrn zu geriren, dem Sklaven das Geld geliehen, so kann er nur mit der Darlehnsklage de in rem verso das Kapital einfordern; hat er aber contemplatione domini das Geld gegeben, — in welchem Falle er nach l. 5 § 3 de neg. gest. gegen seine Mitkontrahenten, auch wenn er ein Freier gewesen wäre, keine Darlehnsklage haben würde — so könne er mittelst der alsdann begründeten a. neg. gest. Zinsen einfordern. —

19) l. 10 § 5 de in rem verso 15, 3: Sed utrum in sortem dumtaxat tenebitur dominus an et in usuras? et si quidem promisit usuras, Marcellus libro V digestorum scribit, dominum praestaturum: sed si non sint promissae, utique non debebuntur, quia in stipulatum deductae non sunt. plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.

Wenn diejenigen, welche in dem Abschluß eines Kontraktes mit dem Mandatar eine negotiorum gestio für den Mandatar finden zu dürfen glauben, hierbei die obligatorischen Beziehungen zwischen Mandant und Mandatar, sowie zwischen dem letzteren und seinem Mitkontrahenten für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses zwischen dem letzteren und dem Mandanten völlig unberücksichtigt lassen, so sind sie auch gewiß nicht berechtigt, jenen Beziehungen bei der Frage nach dem Erlöschen des Gestionsanspruches und des Kontraktsanspruches irgend einen Einfluß einzuräumen. Beide Ansprüche müßten hiernach als von einander gänzlich unabhängig angesehen werden, und es wäre kein Grund erfindlich, warum das Erlöschen des Gestionsanspruches, namentlich auch durch Zahlung, den Wegfall des Kontraktsanspruches und umgekehrt zur Folge haben sollte.

Wenn irgendwo das Wort: „an ihren Früchten sollt ihr sie erkennen" seine Berechtigung hat, so ist es hier.

VI. Fortsetzung. Unvereinbarkeit der bekämpften Theorie mit allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts.

Einen letzten Grund gegen die hier angefochtene Lehre gewinnen wir, wenn wir sie messen an dem Maßstabe der allgemeinen Grundsätze von der Begründung der Obligationen, und wenn wir weiter das systematische Verhältniß der **a. neg. gest.** in der ihr zugeschriebenen Anwendungsweise zu einer anderen **actio** — der **a. quasi institoria** — in Betracht ziehen.

1. Es soll möglich sein, daß, wer mit einem Anderen einen Kontrakt schließt, durch die bloße Richtung seines Willens auf einen Dritten sich diesen als Schuldner verpflichte.

Wie diese Willensrichtung auf den Dritten beschaffen sein müsse, darüber läßt sich aus den meisten Ausführungen

nichts Sicheres entnehmen; sie erscheint nach ihnen überhaupt als ein nicht bestimmt definirbares, quallenartiges Ding. So spricht Chambon (a. a. O. S. 190) von einer „beiläufigen Kontemplation“, welche „hinter die entschiedenere Absicht, mit dem Mandatar zu kontrahiren, und hinter das Faktum der mutui datio an diesen zurücktrete, die aber nach der Meinung Papinians doch noch eine gewisse Geltung bewähren“ soll. Elsässer (a. a. O. S. 28) sagt, der Darleiher in l. 30 pr. cit. kontrahire, wenn auch „mit Rücksicht“ auf den dominus, so doch zunächst mit dem Mandatar (als ob er zu zweit mit dem dominus kontrahiren wollte!) und mit der Absicht, in erster Linie diesen verbindlich zu machen; diese Absicht lasse den „animus gerendi“ in den „Hintergrund“ treten und benehme der „contemplatio“ des gestor die Fähigkeit, eine a. directa zu erzeugen. Ruhstrat spricht von einem „Seitenblick“, welchen der Dritte auf den dominus werfe. Am bestimmtesten äußert sich Zimmermann (a. a. O. S. 315), indem er fordert, daß der „Verpflichtungswille“ des Hingebenden sich nicht blos auf den Empfänger, sondern auch auf den Prinzipal richte.

Nach diesen Aeußerungen wird der Kontrahent überall schon dann obligirt sein, wenn er irgendwelche Kenntniß davon hatte, daß ein Dritter irgendwie an dem Kontrakt (der Aufnahme des Darlehens, dem Ankauf, der Miethung der Sache u. s. w. durch seinen Mitkontrahenten) ein Interesse habe, und er beim Kontrahiren irgendwie darauf gerechnet, mehr oder weniger bestimmt darauf gehofft habe, daß er, wenn nicht von seinem Mitkontrahenten, so vielleicht von jenem dritten Interessenten Befriedigung erhalten werde. Aber selbst wenn wir mit dem bestimmteren „Verpflichtungswillen“ Zimmermann's operiren, — welch herrliche Gelegenheit für einen Kontrahenten, sich für seinen Anspruch so viele Mitverpflichtete, als er nur

immer mag, zu verschaffen, ohne daß diese einzuwilligen brauchten! Der Darleiher A hat erfahren, daß der Darlehnsnehmer B von C Auftrag habe, ihm Geld zu verschaffen, daß A, selbst insolvent, das Geld brauche, um seinen Gläubiger D, der ihn um Zahlung vor der Fälligkeit ersucht hat, zu befriedigen, daß dieser mit der empfangenen Summe seinen Freund E aus einer Geldverlegenheit habe helfen wollen. Allen diesen verschiedenen und vielleicht noch vielen anderen ineinandergreifenden Interessen wird durch die Hergabe des Darlehens an den B gedient. A braucht hier nur seinen Verpflichtungswillen auf den C, D, E zu richten und hiermit allein hat er sie zu seinen Schuldnern neben dem A gemacht. Das wäre ein ebenso leichter, wie den Grundsätzen des römischen Rechtes von der Entstehung der Obligationen widerstreitender Weg zur Begründung von Ansprüchen.

2. In allen Fällen, in welchen die Voraussetzungen der a. institoria vorliegen, sind nach der gegnerischen Anschauung sicher auch die Bedingungen der a. neg. gest. contraria gegen den Herrn gegeben, wenn das mit dem institor geschlossene Geschäft utiliter gestum für den Herrn ist. Daß nun die a. neg. gest. für solche Fälle als eine mit der a. institoria konkurrirende in den Quellen nicht erwähnt wird, wäre nicht zu verwundern, da bei der a. institoria an den Kläger geringere Anforderungen gestellt werden, als an die den Nachweis der utilitas negotii erheischende a. neg. gest. — wenngleich bei einem mit a. certae pecuniae creditae zu verfolgenden Anspruch die a. neg. gest. als b. f. actio immerhin einen nennenswerthen Vortheil gegenüber der a. institoria bieten konnte. — Aber wenn der institor mit dem Abschluß des für den Herrn nützlichen Geschäftes seine Vollmacht überschritten hätte, dann wäre die Möglichkeit für den Dritten, sich statt der hier ausgeschlossenen a. institoria der a. neg. gest. be-

dienen zu können, doch sicherlich etwas so Bemerkenswerthes gewesen, daß die römischen Juristen sie schwerlich mit Stillschweigen hätten übergehen können, und die Compilatoren die Aufnahme irgend einer hierauf bezüglichen Aeußerung in die Pandekten kaum unterlassen haben würden. In dem Mangel jeden Hinweises auf diese Anwendungsweise der a. neg. gest. werden wir deshalb ein sicheres Zeichen dafür erblicken dürfen, daß den Römern der Gedanke an eine derartige Verwendung völlig fern gelegen habe. —

Eine Fülle von Gründen spricht also gegen die Annahme, daß in l. 30 pr. die Gewährung des Darlehns an den Mandatar zugleich eine negotiorum gestio für den Mandanten und die in l. 30 cit. erwähnte a. neg. gest. eine gewöhnliche a. neg. gest. des Darleihers gegen den Mandanten sein könne.

Daß unter bestimmten anderen als den in l. 30 pr. cit. enthaltenen Voraussetzungen in dem Abschluß eines Darlehnskontraktes eine negotiorum gestio für einen Dritten liegen könne, soll hiermit nicht geleugnet werden. Ein Fall der Art wäre folgender: A bittet den B, ihm gegen Verpfändung seines Grundstückes ein verzinsliches Darlehen auf eine bestimmte Zeit zu gewähren. B, welcher geneigt ist, ein nach einiger Zeit für ihn verfügbar werdendes Kapital in der ihm vorgeschlagenen Weise anzulegen, veranlaßt den B, das Kapital sich vor der Hand anderwärts zu beschaffen, und sagt ihm zu, die Hypothek später an sich zu bringen und ihm das Kapital für die gewünschte Zeit zu belassen. X, der von diesem Vorhaben hört, leiht dem A das Geld, um dem B die Forderung, sobald dieser verfügbares Kapital in Händen hat, abzutreten.

Oder X, ein naher Verwandter des B, welcher seine Gelder hypothekarisch anzulegen pflegt, hat erfahren, daß ein hypothekarisch belegtes Kapital desselben in nächster Zeit zurückgezahlt

und anderweitig belegt werden soll. Er leiht nun dem A auf dessen Grundstück, welches ihm eine vorzügliche Sicherheit zu bieten scheint, aus eigenem Geld einen jenem Kapitale entsprechenden Betrag, um den erworbenen Darlehnsanspruch später dem B. abzutreten.

In beiden Fällen würde B, wenn er ratihabirt, von X Abtretung der Forderung gegen Auszahlung der Valuta mit a. neg. gest. directa und X mit a. neg. gest. contraria auf Auszahlung der Valuta gegen Abtretung der Hypotheken klagen können.

Beide Fälle sind aber doch von dem der l. 30 cit. wesentlich verschieden. In dem in dieser Stelle behandelten Falle soll dem B Geld verschafft werden; X aber leiht es dem A, den er zum Schuldner haben und behalten will. In den beiden obigen Fällen schließt er zwar einen Darlehnskontrakt mit A und wird sein Gläubiger; aber er will nicht Gläubiger bleiben, sondern er hat die Forderung im Interesse des B erworben, um sie ihm demnächst abzutreten. In dem Erwerb der Forderung im Interesse des B gerade liegt hier eine wahre negotiorum gestio.

VII. Widerlegung der bisherigen Auslegung der Worte: ‚scilicet ad exemplum institoriae actionis'.

Wenn in l. 30 pr. cit. nun eine gewöhnliche a. neg. gest. nicht in Frage ist, welche a. neg. gest. soll es sonst sein?

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst die Widerlegung der zweiten von den Gegnern aufgestellten von mir bestrittenen Behauptung erforderlich: daß nämlich der Zusatz ‚scilicet ad exemplum institoriae actionis' nur die materielle Aehnlichkeit der a. negotiorum gestorum in der vorliegenden Anwendungsweise andeuten solle, die dadurch begründet werde,

daß auch hier eine gegen einen Kontrahenten begründete Obligation gegen den am Kontraktschluß nicht betheiligten Dritten geltend gemacht werden könne.

Die Worte ‚ad exemplum actionis etc.' bilden in der Sprache der klassischen Juristen eine typische Bezeichnung der actio utilis und besagen also nicht, daß die so bezeichnete actio in ihrer Wirkung derjenigen, nach deren exemplum sie gegeben ist, gleich, ähnlich, verwandt sei, sondern daß sie auf einer Ausdehnung des der letzteren zu Grunde liegenden Prinzips beruhe, gleichviel, ob auch ihre Formel derjenigen der anderen nachgebildet ist oder nicht.

Folgende, übrigens auf Vollständigkeit keinen Anspruch erhebende Zusammenstellung von Beweisstellen, in welchen vielfach neben der Bezeichnung ‚ad exemplum' andere ganz unbestritten die utilis actio bezeichnende Epitheta stehen, oder dieselbe actio bald mit dem Ausdrucke ‚ad exemplum' bald mit jenen anderen Ausdrücken bezeichnet wird, geben den überzeugenden Beweis hierfür.

> l. 53 ad leg. Aqu. 9, 2 (Nerat.): — datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum[20]) actio.
>
> Coll. XII 7, 6 (Ulpian l. XVIII ad edictum): — — ad exemplum legis Aquiliae noxali iudicio acturus. 7. Si fornacarius — — — et hic puto ad exemplum legis Aquiliae dandam actionem.
>
> (In der entsprechenden Stelle aus Ulpian l. XVIII ad edictum u. l. 27 § 9 ad leg. Aqu. 9, 2 steht statt ‚ad exemplum — dandam': ‚utilem competere actionem'.)

20) Darüber, daß a. in factum und a. utilis von den römischen Juristen promiscue gebraucht worden ist, vgl. Lenel Edikt S. 157 f.

Paul. R. S. V, 6. 5: De navi vi deiectus hoc interdicto (sc. de vi) experiri non potest: sed utilis ei actio de rebus recuperandis exemplo iudicii vi bonorum raptorum datur.

c. 1 de precario 8, 9. Gordian. (a. 238): — — Serviana actio vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emptorem exercenda.

Dazu können auch folgende nicht von Aktionen, sondern von Stipulationen handelnde Stellen gesetzt werden:

Gaius inst. II, 257: si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emtae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt.

Ulpian. fr. XXV: — — interpositis stipulationibus ad exemplum partis et pro parte stipulationum, vergl. mit Gai l. c.: sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tanquam inter legatarium et heredem.

Vergl. auch c. 9 pr. de impub. subst. 6, 26 und Justinian. § 1 I. de pupill. subst. 2, 16: — — Substitutionis ad exemplum pupillaris.

Mit diesen Stellen sind nun folgende auf die a. institoria utilis bezügliche zu vergleichen:

l. 10 § 5 mand. 17, 1 (Papinian. lib. III respons. bei) Ulpian. lib. XXXI ad edict.: utilem actionem dandam quasi institoriam (vgl. l. 51 de furt. 47, 2. Gai. l. 13 ad edict. prov.: utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia).

l. 13 § 25 de a. e. v. 19, 1 (Papinian. l. III respons. bei) Ulpian. l. XXXII ad edictum: cum domini ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis.

l. 19 pr. de inst. a. 14, 3. Papinian. lib. III

respons.: — — utilis ad exemplum institoriae dabitur actio.

l. 16 eod. Paul. lib. XXIX ad edictum: non erit iniquum exemplo institoriae actionem in me competere.

c. 5 de exerc. a. 4, 25. Diocl. et Maxim. (a. 294): ad exemplum institoriae — potes convenire.

Gleichbedeutend mit „ad exemplum" wird — aber, wie es scheint, erst in nachklassischer Zeit — der Ausdruck „ad instar" gebraucht. Daher dürfen auch die diesen Ausdruck aufweisenden Stellen zur Vergleichung herangezogen werden:

c. 6 de exerc. a. Diocl. et Maxim. (a. 294): Qui secutus domini voluntatem cum servo ipsius habuit contractum, ad instar institoriae recte de solido dominum conveniet.

c. 3 de lib. exhib. 8, 8. iid.: Si ad instar interdicti de exhibenda filia — —.

c. 4 de inoff. don. 3, 29 iid. (286): — — non est tibi necessarium adversus immodicas donationes auxilium ad instar inofficiosi testamenti.

c. 8 pr. eod. iid. (294): — — ad instar inofficiosi testamenti convicti — —.

(In c. 1 de inoff. don. 3, 29 Philipp. a. 245 heißt es mit Bezug auf die querella inofficiosae donationis: „non iniuria iuxta formam super inofficioso testamento constitutorum subveniri vobis.)

Vgl. auch c. 3 de interd. 8, 1; c. 2. 4 unde vi 8, 4 u. § ult. J. de interd. 4, 14.

In allen diesen Fällen erscheint die actio, querella, stipulatio, nach deren exemplum, instar, forma eine actio, querella, stipulatio ertheilt oder geschlossen wird, als das Vorbild, an welches die Praxis oder die Gesetzgebung sich

anlehnt; die als exemplum bezeichnete actio bezeichnet das Muster, welchem die andere, wenn auch vielleicht nicht nothwendig der Form, so doch der Idee nach, nachgebildet ist; ähnlich wie das Wort exemplum in der Baukunst das Muster, Modell bedeutet, nach welchem ein Bauwerk aufgeführt ist[21]). Daher besteht nothwendig ein Altersunterschied zwischen der a. ad exemplum etc. und derjenigen, nach deren exemplum sie ertheilt wird. Jene ist die jüngere Schwester der letzteren; die dieser zu Grunde liegende, in ihr zuerst zu beschränktem Ausdruck gelangte Rechtsidee ihre gemeinschaftliche Mutter.

Ein solches Verhältniß aber kann man zwischen zwei Aktionen nicht annehmen, von welchen eine jede ihrem eigenen Prinzip folgt, welche aber in einem besonders gearteten konkreten Falle sich zur Erreichung eines und desselben Zweckes als tauglich erweisen; und darum kann eine solche blos vorübergehende Aehnlichkeit der Wirkung nimmermehr durch „ad exemplum etc." ausgedrückt werden, ebensowenig, wie man etwa bei einer für zwei Staaten eingetretenen Personalunion sagen könnte, diese finde statt nach dem Vorbilde der Realunion.

Das bloße Verhältniß der Aehnlichkeit, für welche ein historisches Abhängigkeits- und Altersverhältniß wie bei der actio utilis im Verhältniß zur actio vulgaris gar nicht in Betracht kommt, wird vielmehr — wenigstens in der nachklassischen Zeit — durch den Ausdruck „ad similitudinem" angedeutet. Am klarsten tritt dies hervor in c. 4 de exerc. a. 4,25. Diocl. et Maxim. (293):

> Et si a muliere magister navis praepositus fuerit, ex contractibus eius ea exercitoria actione ad similitudinem institoriae tenetur.

21) Vgl. Georges, Ausführl. lat.-deutsches Handwörterb. (1879) s. v. exemplum 2. a.

Auf die Abstammung der exercitoria von der institoria actio (mit der es sich bekanntlich sehr problematisch und wahrscheinlich gerade umgekehrt verhält) hinzuweisen, ist den Kaisern bei diesen von Alters her selbständig nebeneinander proponirten Aktionen sicher nicht in den Sinn gekommen; für die Aeußerung einer rechtshistorischen Ansicht lag in einem Bescheid auf eine supplicatio nicht der geringste Anlaß vor. Der Hinweis auf die Aehnlichkeit beider bezweckte vielmehr, die Partei über die Natur des ihr empfohlenen Rechtsmittels durch Vergleichung mit der im Verkehr gewiß viel häufiger vorkommenden, der Partei daher bekannteren a. institoria aufzuklären. Allerdings wird der Ausdruck „ad similitudinem“ auch da gebraucht, wo in der That das eine Rechtsmittel dem andern nachgebildet ist, wie in

> c. 2 de inoff. test. 3,25 Valer. et Gallien. (a. 256): — — iuxta constitutiones is qui provinciam regit ad similitudinem inofficiosae querellae auxilium tibi aequitatis impertiet.
>
> c. 19 de. O. et A. 4, 10 iid. (a. 260).: Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tecum marito actionem ad similitudinem eius qui nomen emerit dari oportere saepe rescriptum est.
>
> c. 9 de inoff. test. Constantin.: Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnium querella ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta.

Das widerspricht aber nicht der oben aufgestellten Behauptung. Denn zwei demselben Prinzip entsprossene Aktionen haben ähnliche Wirkungen. Aber zwei in einem konkreten Falle gleich wirkende Aktionen sind darum nicht Ausflüsse des-

selben Rechtsprinzips, oder die eine nach dem Muster der anderen gebildet. —

Ebensowenig stehen mit meiner Behauptung zwei andere Stellen in Widerspruch, welche man gegen sie anzuführen geneigt sein könnte:

l. 7 § 1 de inst. a. 14, 3. Ulpian. l. XXVIII ad edictum:

Parvi autem refert — — item quisquis praeposuit: nam et si mulier praeposuit, competit institoria ad exemplum exercitoriae actionis.

l. 13 § 2 eod. Ulpian eod.

Si duo pluresve tabernam exerceant et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur — — Julianus quaerit et verius esse ait exemplo exercitoriae et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse — — —.

Hier stehen ja dieselben Ausdrücke, wie sie oben als typisch für die Bezeichnung einer a. utilis behauptet wurden, und sicher haben doch Julian und Ulpian die a. institoria nicht als eine utilis a. exercitoria angesehen. Aber in den beiden Stellen wird erstens gar nicht gesagt, die Gewährung der a. institoria überhaupt erfolge nach dem Muster der a. exercitoria; sondern die Anwendnng der a. institoria in dem Falle, wenn eine Frau die Geschäftsinhaberin sei, und die solidarische Haftung mehrerer Geschäftsherren finde statt exemplo exercitoriae; und ferner wollen Julian und Ulpian hier in der That nicht blos in einem theoretischen Vergleich die Gleichmäßigkeit der Behandlung beider Aktionen in jenen zwei Punkten hervorheben, sondern, was sie aus-

sprechen, ist ein Akt praktischer Rechtsanwendung oder Bezeugung eines solchen: die a. institoria werde in den beiden Punkten analog den bereits früher in dem Rechte der exercitoria anerkannten Rechtsgrundsätzen behandelt, die letzteren seien auf die erstern übertragen; — also dieselbe Operation, wie sie der Gewährung einer a. utilis zu Grunde liegt.

Aus dieser Darlegung folgt, daß a. ad exemplum inst^{ae}, exemplo inst^{ae}, utilis ad exemplum inst^{ae}, utilis a. quasi inst^{ae} in den Quellen synonyme Ausdrücke sind und einer wie der andere eine utilis a. institoria bezeichnen. Es würde deshalb ein schlechthin nicht zu rechtfertigendes Wagniß sein, gerade in l. 30 pr. de neg. gest. den Worten „ad exemplum institoriae actionis" eine völlig andere Bedeutung beizulegen. Wie dieses Wagniß durch das Wort „scilicet", auf welches Baron[22]) zu Gunsten seiner Ansicht Werth legt, gemindert werden soll, ist nicht abzusehen.

Daß viele sich dennoch dazu entschlossen, war lediglich eine Folge des Unvermögens, diese Worte mit der Annahme einer dem Darleiher gegen den Mandanten zustehenden a. neg. gest. vulgaris in Einklang zu bringen.

Eine weitere, von mehreren Schriftstellern gezogene, aber noch weniger zu rechtfertigende Folgerung war es, daß auch in der denselben Thatbestand wie l. 30 pr. cit. aufweisenden l. 10 § 5 mand. die dort ausdrücklich als utilis a. quasi institoria bezeichnete actio für identisch mit jenem Wechselbalg, der a. neg. gest. ad exemplum institoriae actionis erklärt ward.

---

22) a. a. O. S. 193.

VIII. Was ist eine a. negotiorum gestorum ad exemplum institoriae actionis?

Nachdem ich, wie ich hoffe, die bisherigen Erklärungen der l. 30 pr. de neg. gest. widerlegt, glaube ich an dem Punkt angelangt zu sein, von welchem ich die Analyse jener Stelle mit einiger Aussicht auf besseren Erfolg versuchen zu können meine.

Wir sind aus äußeren sprachlichen Gründen zu der Ueberzeugung gelangt, daß die a. neg. gest. ad exemplum inst^{ae} a^{is} in l. 30 cit. keine andere als eine utilis a. institoria sei, wie sie unbestritten in l. 13 § 25 de a. e. v. 19, 1 vorliegt. Die weitere Untersuchung muß sich darauf richten, ob und inwieweit dieses Ergebniß mit dem in l. 30 cit. enthaltenen Thatbestand im Einklang stehe. Hier sind wir zunächst darauf angewiesen, aber, wie ich glaube, auch in der Lage, die Bedeutung der a. neg. gest. ad. exemplum inst^{ae} zu erklären Die Aufgabe gestaltet sich also gerade entgegengesetzt derjenigen, die man sich bisher regelmäßig gestellt. Bisher ging man von der als sicher angesehenen Annahme aus, daß es sich in l. 30 cit. um eine a. negotiorum gestorum des Darleihers gegen den Mandanten handle, und suchte zu erklären, wie diese a. neg. gest. zugleich als a. ad exemplum institoriae bezeichnet werden könne. — Für uns steht umgekehrt fest, daß eine negotiorum gestio des Darleihers für den Mandanten nicht vorliege, und daß die actio eine utilis actio institoria sei; es fragt sich für uns, ob die Voraussetzungen einer utilis a. institoria vorliegen, und wie diese zugleich als eine a. neg. gest. bezeichnet werden könne.

An den bekannten Voraussetzungen der a. quasi institoria, wie sie aus einer Reihe hauptsächlich Papinianischer Stellen sich ergeben, fehlt es in l. 30 pr. cit. nicht. Wir

haben in ihr eine von einem Anderen mit der Anknüpfung von rechtlichen Beziehungen in dessen Interesse beauftragte Person und einen Dritten, mit welchem der Mandatar zum Zwecke der Ausführung seines Auftrages, also im Interesse seines Mandanten in geschäftliche Beziehung getreten ist.

Wird nun die so begründete a. quasi institoria als a. negotiorum gestorum ad exemplum institoriae bezeichnet, so kann nicht bezweifelt werden, daß diese Qualifikation der actio nur auf der Beschaffenheit der zwischen dem Dritten und dem quasi institor — um der Kürze halber diesen Ausdruck zu gebrauchen — beruhen kann: es muß das, was von Seiten des Dritten geschehen ist, sich als eine negotiorum gestio dieses Dritten charakterisiren, und zwar als eine negotiorum gestio nicht etwa zu Gunsten des Herrn, sondern des quasi institor; denn die a. quasi institoria bewirkt ja, wie die institoria, die Erstreckung einer zunächst für den institor oder quasi institor begründeten Haftung auf den dominus.

Setzen wir in unserer Stelle eine solche auf negotiorum gestio des Dritten beruhende Haftung des quasi institor als in unserem Falle gegeben voraus, so würde hierdurch die Bezeichnung der actio als a. negotiorum gestorum ad exemplum institoriae actionis vollkommen erklärt sein.

Die Forschungen Lenel's haben das m. E. unwiderlegliche Resultat erbracht, daß die Formel der institorischen Klage — und was von ihr gilt, wird auch von der quasiinstitorischen Klage gelten müssen — auf das zwischen dem institor und dem Dritten begründete Rechtsverhältniß abstellte und den iudex anwies, unter der Voraussetzung, daß der Mitkontrahent des Dritten in der That institor des Beklagten sei und das Geschäft in den Bereich seiner Vollmacht falle, den beklagten Herrn zur Zahlung desjenigen zu verurtheilen, was der insti-

tor aus jenem Verhältniß dem Dritten schuldig geworden ist [23]).

Die Formel der a. institoria schließt also die Formel der gegen den institor begründeten actio (oder die, wenn er ein Sklave ist, gegen ihn als Freien begründet sein würde) in sich ein. Wie wir sagen dürfen, die a. institoria differenzire sich nach der Beschaffenheit der zwischen dem Dritten und dem institor begründeten actio, so können wir mit gleichem Rechte sagen, da, wo der Dritte aus dem Geschäfte mit dem institor gegen den Herrn klagt, stelle sich die Formel dar als eine durch die Bezugnahme auf den institor und seine Vollmacht modifizirte a. emti, locati, depositi etc.; und so wird es vollständig gerechtfertigt erscheinen, die a. institoria in dem einzelnen Falle ihrer Anwendung zugleich mit dem Namen der durch das ihr zugrundeliegende Verhältniß dem institor gegenüber begründeten actio zu bezeichnen.

Daß dies — abgesehen von l. 30 pr. cit., für welche dies hier erst bewiesen werden soll — in der That geschehen sei, dafür giebt es allerdings meines Wissens nur zwei unmittelbar beweisende Belegstellen, nämlich l. 13 § 25 de a. e. v. 19, 1.

> Papinian. lib. III respons. bei Ulpian lib. XXXII ad edictum:
>
> Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur an domino vel adversus dominum actionem dari debeat . . et Papinianus l. III responsorum

23) Vgl. die Rekonstruktion in der Formel von Lenel (Das edictum perpetuum S. 204 f.): Quod A^{us} A^{us} de L. Titio, cum is a N^{o} N^{o} tabernae instructae praepositus esset, decem pondo olei emit, cui rei L. Titius a N^{o} N^{o} praepositus erat, quidquid ob eam rem L. Titium A^{o} A^{o} dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} condemnato s. n. p. a.

putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae, und

l. 5 § 12 de inst. a. 14, 3 Ulpian. l. XXVIII ad edictum:

Proinde si praeposui ad mercium distractionem, tenebor nomine eius ex empto actione: item si forte ad emendum eum praeposuero, tenebor dumtaxat ex vendito.

Es darf aber ferner auf die bei einer anderen adjektizischen Klage, welche denselben Bau, wie die a. institoria zeigt [24]), nämlich der a. de peculio vorkommende Bezeichnungsweise verwiesen werden. Eine mandati, depositi, commodati, de dote, aedilicia, tutelae, negotiorum gestorum a. de peculio ist in den Quellen etwas ganz Gewöhnliches [25]).

Eine a. negotiorum gestorum institoria wäre hiernach eine gegen den Herrn sich richtende actio, welche auf einer von dem Dritten zu Gunsten des institor geübten und daher mit der a. negotiorum gestorum contraria haftbar machenden negotiorum gestio beruht, und eine a. neg. gest. ad exemplum institoriae actionis wäre eine auf gleichem Rechtsgrunde beruhende utilis actio institoria.

Die Möglichkeit einer solchen actio darf nicht aus dem Grunde bestritten werden, weil eine negotiorum gestio kein Geschäft zwischen dem Dritten und dem institor darstelle, während das prätorische Edikt für die a. institoria und quasi institoria wie für die a. exercitoria ein gerere cum institore — magistro" voraussetze [26]). Denn unter das „gerere cum institore etc. sind bei den adjektizischen Klagen

24) Vgl. Lenel a. a. O. S. 225.

25) Vgl. l. 3 § 7. 11. l. 27 pr. l. 36. 38 pr. de peculio 15, 1. l. 23 § 24 de aed. ed. 21, 2. c. 1 quod cum eo 4, 26.

26) Vgl. Lenel a. a. O. S. 203 ff.

sicher auch alle „quasikontraktlichen" Thatbestände subsumirt worden, ganz ebenso wie bei Anwendung des Satzes von der Vererblichkeit der Contraktsobligationen eine Reihe von Thatbeständen, welche einen contractus nicht darstellen, jenen subsumirt wurde, unter der Angabe, daß bei ihnen ‚quasi ex contractu nascitur obligatio'[27]). Das zeigt namentlich die in den Quellen sich findende reiche Kasuistik für die a. de peculio, welche nicht nur auf Grund von mit dem Haussohn oder Sklaven geschlossenen Verträgen, sondern unter anderm auch auf Grund einer von dem Dritten für den Haussohn oder Sklaven, sowie umgekehrt einer von diesem für den Dritten ohne Auftrag ausgeführten Geschäftsbesorgung gewährt wird, obwohl auch die auf die Pekuliarhaftung bezügliche Ediktsklausel (l. 1 § 2 de peculio 15, 1 Ulpian. lib. XXIX ad ed.) lautete:

> Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit . . .

IX. Untersuchung, inwieweit in l. 30 pr. de neg. gest. der Thatbestand einer a. neg. gest. gegen den Mandatar vorliege.

Es kommt nunmehr darauf an, die bisher immer noch auf Grund äußerer Symptome gestellte Diagnose durch eine Prüfung der materiellen Beschaffenheit des durch den vorliegenden Sachverhalt begründeten Rechtsverhältnisses zu kontroliren.

Liegt in der That eine negotiorum gestio des Dritten zu Gunsten des quasi institor (— der Kürze halber mag dieser Ausdruck hier gestattet sein —), wie wir sie als Voraussetzung der a. neg. gest. quasi institoria postulirten, vor, m. a. W.:

27) Vgl. meinen Vertrag S. 87 ff.

ist in dem vorliegenden Falle für den Dritten gegenüber dem quasi institor eine a. neg. gest. contraria begründet, welche als quasi institoria gegen den Herrn gerichtet werden konnte?

Man hat bei Auslegung der l. 30 pr. de neg. gest. sich regelmäßig nur mit dem Verhältniß des creditor, nicht auch mit dem des Bürgen zu dem Mandatar beschäftigt und damit gerade den Weg zur Seite liegen lassen, der zum Verständniß der Stelle zu führen der geeignetste war.

Der fideiussor hat, wie in der Stelle ausdrücklich hervorgehoben wird, zufolge des von dem Herrn an den libertus gerichteten Schreibens (ob dies nur ein den Auftrag enthaltender Brief oder ein offener Kreditbrief war, darüber ergibt die Stelle nichts; auch ist die Frage, ob zwischen beiden ein juristischer Unterschied bestehe, hier nicht zu untersuchen), er hat ‚litteras secutus' die Bürgschaft geleistet. Das rechtfertigt, in Verbindung mit der Nichterwähnung eines von dem libertus dem Bürgen ertheilten Mandats, die Annahme, daß eine Aufforderung zur Uebernahme der Bürgschaft von seiten des libertus an ihn nicht ergangen sei. Indem er so dem Mandatar den ihm zur Ausführung seines Auftrages erforderlichen Kredit verschafft oder verstärkt, ist er negotiorum gestor des Mandatars und erlangt hierdurch einen mit a. neg. gest. contraria verfolgbaren Anspruch auf Befreiung, beziehungsweise Erstattung des für ihn Gezahlten [28], gerade so wie derjenige, der für den Vormund ein durch die Verwaltung der Mündelangelegenheiten gebotenes Geschäft führt, jenen sich ex negotio gesto obligirt [29]. Ist die Bürgschaft ein Mittel gewesen, dem quasi institor die Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts zu ermöglichen oder zu erleichtern,

28) Vgl. l. 20 § 1 arg. l. 60 § 1 mand. 17, 1. Girtanner, Die Bürgschaft S. 529 ff. Hasenbalg, Die Bürgschaft S. 711 ff.

29) Vgl. l. 5 § 2 de neg. gest.

so lag die Benutzung dieses Mittels innerhalb der seiner Fürsorge unterstellten Interessensphäre des Herrn, und dieser mußte deßhalb zweifellos, wenn die Bürgschaft auf Ersuchen des Mandatars geleistet war, dessen Regreßpflicht nach dem Grundsatz der a. institoria auf sich nehmen. Er muß sie aber auch — nach dem oben über die weite Interpretation des Begriffes ‚negotium gerere' bei den adjektizischen Klagen Gesagten — übernehmen, wenn die Bürgschaft ohne Auftrag übernommen war. Dieser Zusammenhang der Bürgschaft mit dem dem quasi institor übertragenen Geschäftskreise, vermöge dessen die Benutzung des fremden Kredits im Interesse des Herrn durch Abschluß eines sie veranlassenden Mandats als ein Handeln innerhalb der res, ‚cui praepositus est'[30]) erscheint, wird ausdrücklich in den Quellen auch da hervorgehoben, wo die Vortheile der Bürgschaft dem Mandatar auch ohne sein Zuthun zufallen, wenn nämlich der Fidejussor ohne dessen Auftrag sich verbürgte.

l. 5 § 16 de inst. a. 14, 3. Ulpian. lib. XXVIII ad edictum:

Item fideiussori, qui pro institore intervenerit, institoria competit: eius enim rei sequella est.

l. 10 § 5 mand. 17, 1. Ulpian. lib. XXXI ad edictum:

Item Papinianus libro eodem refert fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam quasi institoriam, quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur.

In beiden Stellen ist der Bürge ohne Mandat des institor

30) Vgl. oben Anm. 28 S. 324 die Formel der a. institoria.

bezw. procurator eingetreten; in beiden wird der objektive Zusammenhang zwischen der fideiussio und der Vollmacht des institor bezw. procurator als zureichend zur Begründung einer actio gegen den Herrn angesehen, welche keine andere als die a. neg. gest. institoria bezw. quasi institoria sein kann.

In l. 5 § 16 cit. bezeichnet Ulpian sehr charakteristisch die Bürgschaftsangelegenheit als eine rei sequella[31]): Die Benutzung fremden Kredits ist etwas, was sich aus der Ausführung eines solchen Auftrags, wie er hier ertheilt ist, ergiebt; diese hat jene im Gefolge gehabt.

Und in l. 10 § 5 mand. zeigt die Wendung quasi praeposuisse — videatur deutlich an, daß wir es hier mit einer extensiven Interpretation zu thun haben; der procurator ist dem Abschluß eines Geschäfts präponirt; diese praepositio ist auch auf eine negotiorum gestio für den procurator, welche ihm die Ausführung des Auftrages ermöglichte oder erleichterte, mit zu beziehen.

Unser Resultat ist, daß in Ansehung des Bürgen unsere Charakterisirung der a. neg. gest. ad exemplum institoriae actionis in l. 30 cit. vollkommen zutrifft.

Mit der gleichen Gewißheit aber darf das Gegentheil hinsichtlich des creditor behauptet werden. Sein obligatorisches Verhältniß zu dem quasi institor beruht nicht auf einer negotiorum gestio für diesen, sondern auf dem mit diesem geschlossenen Darlehnskontrakt. Ihm kann daher gegen den Herrn nicht eine a. neg. gest., sondern nur eine a. certae creditae pecuniae quasi institoria zustehen; und es ist unmöglich, daß Papinian eine a. neg. gest. quasi institoria als zuständig bezeichnet haben sollte. So, wie sie vorliegt, kann die Stelle daher von Papinian

31) Vgl. das Wort ‚sequella‘ in l. 93 § 2 de solutt. 46, 3. l. 14 § 15 de furt. 47, 2, § 5 J. de pup. subst. 2, 16.

nicht geschrieben worden sein. Der papinianische Text ist daher entweder von den Kompilatoren interpolirt oder in Folge eines Abschreiberversehens verändert.

Ueber den ursprünglichen Wortlaut lassen sich natürlich nur Vermuthungen aufstellen. Auf eine Heilung der kranken Stelle werden wir verzichten müssen, zufrieden damit, ihre Krankheit diagnostizirt und, wenn wir Zustimmung finden, die Unrichtigkeit der an die Stelle anknüpfenden Theorien nachgewiesen zu haben.

Die Stelle würde tadellos erscheinen, wenn wir die Worte ‚negotiorum gestorum' mit den Worten ‚institoriae actionis' den Platz wechseln lassen:

> — — dabitur in eum actio ad exemplum institoriae actionis creditori, vel fideiussori, scilicet negotiorum gestorum.

Es wäre dann zu übersetzen: es wird dann gegen ihn die a. quasi institoria gegeben werden — dem Gläubiger, wie dem Bürgen; letzterem selbstverständlich als Geschäftsführungsklage. Daß sie dem Gläubiger als a. certae pecuniae creditae zustehe, dies hervorzuheben, wird Papinian als überflüssig erschienen sein.

Eine solche Transposition könnte leicht durch Versehen des Abschreibers bewirkt worden sein [32]).

Die Stelle würde ferner auch geheilt erscheinen, wenn wir die Worte ‚creditori vel' ausfallen lassen. Diese Worte könnten auf eine, jetzt nicht mehr aufzuklärende Weise in den Text des Papinian hineingekommen sein. Vielleicht liegt eine dem Abschreiber zur Last zu legende Dittographie [33]), eine unrichtige Wiederholung des kurz vorher von ihm geschriebenen cre-

32) Ueber Transpositionen in der Florentina vgl. Fuchs, Krit. Studien zum Pandektentexte S. 92 ff.

33) Vgl. Fuchs a. a. O. S. 91 ff.

ditor secutus vor; hierbei ist auch zu bemerken, daß das ‚vel' verdächtig ist, da doch, wenn Papinian dem Gläubiger und dem Bürgen die actio gewähren wollte, eher ein ‚et' zu erwarten gewesen wäre.

Oder es könnte die Textesveränderung durch eine von den Kompilatoren beabsichtigte Kürzung oder durch eine vom Abschreiber verschuldete Auslassung von Worten herbeigeführt sein.

Welche dieser Vermuthungen auch immer die zutreffende sein mag, so glaube ich doch die Wesenlosigkeit jenes Zwitterdinges, als das man sich die a. neg. gest. ad exemplum institoriae actionis bisher zu denken pflegte, (wenn dabei etwas zu denken möglich war) dargethan zu haben. Damit wäre Papinian zugleich gegen das Lob vertheidigt, welches Kohler dem „größten Kasuisten aller Zeiten" ertheilt, indem er sagt: „Bekanntlich war es Papinians Scharfblick, dem vorzüglich dieser Fortschritt [nämlich die Gewährung der a. neg. gest. ad exemplum institoriae actionis in dem von mir bekämpften Sinne] zu verdanken war"; und auch das wäre als Irrthum aufgewiesen, daß diese neg. gest. actio eine Brücke gewesen sei, deren Papinian noch im 2. Buche der Responsen sich bedient habe, bevor er sich — im 3. Buche der Responsen zu der Erfindung der a. quasi institoria emporgeschwungen.

X. Const. 7 § 3 (1) quod cum eo 4, 26 und die angebliche utilis actio de in rem verso.

Zu denjenigen Stellen, welche von manchen Schriftstellern durch Unterstellung einer a. negotiorum gestorum, sei es einer a. neg. gest. ad exemplum institoriae, sei es einer a. neg. gest. in der Anwendung, wie sie sich in l. 5 § 3 de neg. gest. findet, erklärt werden, gehört auch die berüchtigte

c. 7 § 3 (1) quod cum eo 4, 26. Diocletian. et Maximian. (a. 293).

Alioquin si cum libero rem agente eius cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.

Ist auch in den vorangegangenen Ausführungen die Möglichkeit einer solchen Auslegung dieser Konstitution bereits widerlegt, so soll doch noch dargethan werden, daß an eine a. neg. gest. in irgend einem Sinne hier nicht gedacht werden könne, ja, daß der kaiserliche Bescheid, wie man ihn auch deuten mag, auf den in ihm vorgetragenen Thatbestand, — wenigstens dann, wenn man ihn in der Art versteht, wie er sich prima facie aus den Worten ergiebt, — in keiner Weise paßt.

Der Sinn, der sich ohne Zwang aus den Worten der Konstitution entnehmen läßt, ist der: daß, wenn jemand mit einem freien procurator [34]) einen Darlehnskontrakt geschlossen hat, er gegen den Herrn klagen könne, falls dieser den Kontrakt ratihabirt habe, oder das Geld in sein Vermögen gelangt sei.

Ist dies wirklich der Inhalt des Bescheides, so haben die Kaiser hiermit nicht nur einen Satz ausgesprochen, welcher das gesammte bis dahin in Geltung gewesene und überall sonst in den justinianischen Rechtsbüchern als geltend vorgetragene Recht verleugnete und über den Haufen warf; sie haben sich

34) Der Ausdruck „rem agens eius“ in der Stelle wird stets objektivisch und als Ausdruck dafür verstanden, daß der Empfänger des Geldes mit der Aufnahme des Darlehns ein negotium des Herrn gerire. In Wahrheit wird „rem agens alicuius“ in der Rechtssprache der Römer substantivisch gebraucht, und bezeichnet einen „procurator“, wie aus den in l. 20 de inst. a. 14, 3 (Scaevola) und l. 126 § 2 de V. O. 45, 1 (Paulus) mitgetheilten Geschäftsurkunden zu ersehen ist (Octavius Terminalis, rem agens Octavii Felicis. — Zosas libertus et rem agens Quintiliani).

dann auch mit den von ihnen selbst noch ein Jahr zuvor ertheilten Rechtsbelehrungen in offenen Widerspruch gesetzt.

Die Grundsätze, nach welchen die von einem freien Kontrahenten übernommene Verpflichtung gegen einen am Vertragsschlusse nicht betheiligten Dritten geltend gemacht werden kann, sind bekannt. Sie gehen dahin:

daß durch einen von einem Freien geschlossenen Kontrakt nur der Kontrahent, nicht der Dritte, in dessen Auftrag oder in dessen Interesse, für dessen Namen oder für dessen Rechnung das Geschäft geschlossen ist, obligirt werde;

daß für den besondern Fall des institor und des magister navis der Prinzipal aus den von jenen innerhalb der Grenzen ihrer Vollmacht geschlossenen Geschäften durch das prätorische Recht haftbar gemacht worden ist;

daß ferner, wahrscheinlich in der Zeit Papinians, nach Analogie der institorischen Klage eine utilis a. ad exemplum institoriae auch aus den von gewissen anderen Beauftragten dem Auftrage des Herrn gemäß geschlossenen Geschäften gegen den Auftraggeber gewährt wurde;

daß endlich die a. quod iussu und a. de in rem verso auf die von Sklaven und Hauskindern geschlossenen Geschäfte beschränkt sind.

Darüber hinaus läßt sich eine Haftbarkeit des Geschäftsherrn aus den von einem Freien für ihn geschlossenen Geschäften im klassischen Rechte nicht nachweisen.

Die verbreitetste Ansicht geht nun dahin, daß das Recht der in rem versio, wenn nicht schon vorher, jedenfalls durch die c. 7 cit. auf freie Kontrahenten ausgedehnt und durch diese eine utilis a. de in rem verso geschaffen worden sei[35].

35) Vgl. Dernburg, Pand. II S. 40 in Anm. 16 („Die a. de in rem verso utilis aus Kontrakten gewaltfreier Personen hat ihre feste Stütze in der l. 7 § 3 c. qu. c. eo“); vgl. das. Anm. 17 auch die Litteratur. Neustens für diese a. utilis Wendt, Lehrb. der Pand. S. 445.

Einen Beweis dafür, daß dies sogar schon im klassischen Recht geschehen, will man in l. 82 pro socio 17, 2 finden:

Papinian. lib. III respons.

> Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.

Diese Stelle läßt sich aber ohne allen Zwang auf das Verhältniß der Gesellschafter untereinander beziehen [36]).

Es soll gegen die Möglichkeit einer a. de in rem verso utilis nicht weiter darauf hingewiesen werden, daß bei bestehender (einem Gewaltunterworfenen gegenüber nicht vorhandener) Regreßpflicht des Herrn gegenüber dem freien Kontrahenten, sowie wenn dieser vom Herrn Deckung erhalten hatte, eine Bereicherung des letzteren ausgeschlossen wäre, selbst wenn das Geld ihm von dem Darlehnsempfänger abgeliefert worden wäre [37]). Es genügt, auf die eigenen entgegengesetzten Entscheidungen der Kaiser Diocletian und Maximian hinzuweisen:

c. 4 si tutor 2, 24 (a. 292):

> Si creditor non nostram personam, sed curatorum secutus cum ipsis contractum habuit et ab ipsis stipulatus est, nullam ei prorsus adversus vos actionem competere manifestum est;

und c. 13 si certum petetur 4, 2 (a. 294):

> Eum qui mutuam sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum

36) Vgl. Zimmermann a. a. O. S. 323. Was Witte, Die Bereicherungsklagen S. 265 f. und Kohler a. a. O. S. 128 Anm. 1 gegen diese Auffassung vorbringen, ist unbeweisend. Dagegen scheitert die Auslegung von Huschke, Die Lehre vom Darlehen S. 73 ff. m. E. daran, daß von dem von ihm unterstellten Auftrage an den kontrahirenden socius in der Stelle kein Wort steht.

37) Vgl. oben S. 306 ff.

eam fenori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet[38]).

Für denselben Thatbestand, wie er in l. 7 cit. enthalten ist — Gewährung eines Vorschusses an eine Person, welche das Darlehn im Interesse eines Anderen aufnimmt, wobei aber der Darleiher, da er sich auf den eigentlichen Interessenten nicht verlassen, auch dessen negotia nicht geriren will, die Rückzahlung von dem Empfänger des Geldes sich versprechen läßt, um sich später an diesen zu halten[38a]) — für diesen selben Thatbestand wird in jenen beiden Stellen dem Darleiher jedwede Klage (‚prorsus') gegen den eigentlichen Interessenten abgesprochen.

Verfehlt wäre der Einwand, daß die Kaiser an den Fall einer ratihabitio des Herrn oder Verwendung des Geldes für ihn hier nicht gedacht hätten. Denn es ist bekannt, wie

38) Worin auch nur ein scheinbarer Widerspruch zwischen diesen beiden Stellen enthalten sein soll, wie Zimmermann a. a. O. S. 318 Anm. 427 annimmt, ist mir nicht erfindlich. — Uebrigens scheint mir die von Zimmermann adoptirte Scheurl'sche Uebersetzung der Worte ‚in res alienas' mit „unter Verpfändung fremder Sachen" unmöglich, da sie dem römischen Sprachgebrauch widerspricht. ‚In rem alienam pecuniam sumere' heißt m. W. auch anderwärts stets: in fremdem Interesse, für fremde Rechnung Geld aufnehmen.

38a) Auch in c. 13 si certum pet. werden wir eine zwischen dem Darleiher und dem Empfänger des Geldes geschlossene Stipulation voraussetzen müssen. Darauf führen m. E. die Worte: principaliter obligatum obnoxium remanere. Hätte der Darleiher das Geld, wie in l. 5 § 3 de neg. gest. contemplatione domini gegeben, so würde der promittirende procurator zwar ipso iure obligirt sein, aber, sobald er sich der ihm hier zustehenden exceptio doli bedient, nicht obligirt bleiben (obnoxius non remanere). Vgl. S. 303 Anm. 14. Hat jener ihm aber das Geld, wenn auch vielleicht in Kenntniß seiner Bestimmung, aber ohne eine bestimmte Anweisung zur Verwendung für den Herrn, also als gewöhnliches mutuum gegeben, dann hat der Empfänger kein Mittel die iure civili durch die Stipulation für ihn begründete Obligation von sich abzuwehren: principaliter obligatus obnoxius remanet.

die Kaiser, und ganz besonders auch Diocletian, für die Beurtheilung der Sache erhebliche Momente, wenn sie ihnen nicht vorgetragen sind, regelmäßig, oft in ganz umständlicher Weise, hypothetisch erwähnen, und das für den Fall ihres etwaigen Vorliegens anwendbare Recht der Partei weisen, um ihr für alle möglichen Fälle eine Richtschnur zu geben[39]). Gerade bei einer so kategorischen Verneinung, wie sie c. 4 cit. enthält, hätten die Kaiser sicher einen solchen hypothetischen Hinweis auf die utilis a. de in rem verso, wenn sie eine solche gekannt hätten, nicht unterlassen.

Aber auch ohnehin ist es völlig unglaublich, daß die Kaiser eine Neuerung von so bedeutender Tragweite so einfach im Handumdrehen, daß sie sie nur ganz gelegentlich bei Ertheilung eines von ihnen erbetenen Reskriptes ins Leben gerufen und daß sie den neu eingeführten Satz noch dazu wie einen altbekannten, von den Supplikanten selbst einzusehenden hingestellt haben sollten. Man sehe zu, wie ganz anders Diocletian spricht, wo er in einem Reskript neu geschaffenes Recht anwendet, z. B. in c. 8 ad exhib. 3, 42. c. 7 de h. v. a. vend. 4, 39. c. 2, 8 de rescind. vend. 4, 44! Und welche Rücksicht hätte den Begründer der absoluten Staatsordnung etwa bestimmen sollen, einen von ihm neu eingeführten Rechtssatz als althergebrachten darzustellen?

Es ist aber ferner ganz unglaublich, daß, wenn die Kompilatoren die Entscheidung Diocletians in jenem Sinne verstanden hätten, sie diese folgenschwere Konstitution an diesen Ort, wo niemand sie vermuthen konnte, verwiesen, daß sie ihrer sonst nirgends Erwähnung gethan haben würden[40]),

39) Für diese Praxis bieten gerade auch die ersten Paragraphen von l. 7 qu. c. eo ein gutes Beispiel.

40) Der Institutionentitel quod cum eo 4, 7 wäre vor allem der ge-

und daß die einschneidende Reform nicht in zahllosen Interpellationen auf die benutzten Texte der klassischen Juristen zurückgewirkt haben sollte.

Von anderer Seite hat man in c. 7 cit. eine Anwendung der a. neg. gest., und zwar bald der gewöhnlichen a. neg. gest., bald der a. neg. gest. ad exemplum institoriae finden wollen[41]). An eine a. neg. gest. ad exemplum institoriae in dem Sinne der herrschenden Meinung zu denken, ist nach den Ausführungen der früheren Paragraphen ausgeschlossen. Ebenso ergiebt sich aus ihnen, daß die Bedingungen einer negotiorum gestio des Darleihers für den Herrn nicht gegeben sind. Denn der Darleiher hat, wie die Worte: ‚si cum libero — — elegisti' auf das deutlichste zeigen, nicht contemplatione domini das Geld hergegeben, wie in l. 5 § 3 de neg. gest., sondern, wenn auch wissend, daß das Geld für den Herrn bestimmt sei, nur mit dem procurator kontrahiren, nur mit ihm zu thun haben wollen[42]). —

Es ist nun zuzusehen, ob sich l. 7 § 3 cit. nicht in anderer Weise erklären läßt.

---

gebene Ort gewesen, einer Ausdehnung der a. de in rem verso auf Freie zu gedenken.

41) Vgl. z. B. Chambon a. a O. S. 194 ff. Zimmermann a. a. O. S. 320 ff. Huschke a. a. O. S. 76 ff. Baron a. a. O. S. 40 ff.

42) Das gegenseitige Verhältniß der Ausdrücke contemplari, sequi aliquem, nomen, fidem alienius (völlig verschieden von dem etwas ganz anderes bedeutenden litteras sequi in l. 30 pr. de neg. g. und voluntatem sequi z. B. in l. 6 de exerc. a. 4, 25, vgl. oben S. 306), eligere, ergiebt der Vergleich folgender Stellen: l. 5 § 3 de neg. gest., l. 10 § 5 de l. r. v. 15, 3, c. 13 si cert. pet. 4, 2. — c. 6 de exerc. a. 4, 25, c. 4 si tutor 2, 24, l. 27 pr. § 1 ad SC. Vell. 16, 1, l. 5 de separatt. 42, 6, l. 1 § 15 eod., l. 1 § 1 nautae 4, 9, l. 24 § 2 de reb. auct. iud. 42, 5, l. 9 pr. de duob. reis 45, 2, l. 71 de J. D. 23, 3, c. 19 ad SC. Vell. 4, 29, vgl. auch c. 10 eod. l. 29 pr. ad SC. Vell. 16, 1.

XI. Fortsetzung und Schluß.

Die Auslegung kaiserlicher Reskripte bietet häufig aus dem Grunde große Schwierigkeiten, weil oft der der Entscheidung zu Grunde liegende Thatbestand nicht vollständig vorgetragen, sondern nur auf die für sie wesentlichen Punkte aus der supplicatio verwiesen wird, weil diese Verweisungen oft um so kürzer und aphoristischer gehalten sind, als sie sich auf einen dem Supplikanten selbst bekannten Thatbestand beziehen, und eine umständlichere Darlegung des Thatbestandes bei solchen sich nicht an das Publikum richtenden Bescheiden nicht geboten erscheint; weil endlich andererseits nicht selten in dem Bescheide auch solche Punkte aus dem Parteivertrage beiläufig erwähnt werden, die, für die Beurtheilung ohne Bedeutung, nur zu näherer Beschreibung von Sachen oder Personen dienen sollen.

Der Ausleger ist in solchen Fällen darauf angewiesen, aus den spärlichen thatsächlichen Andeutungen den vollständigen Thatbestand sich zu rekonstruiren; und nicht selten wird er aus der Rechtsentscheidung selbst einen Rückschluß auf die Gestaltung des zu Grunde liegenden Thatbestandes machen müssen.

Bei Rekonstruktion des Thatbestandes des § 3 unserer Konstitution ist — was regelmäßig außer Acht gelassen wird — zu berücksichtigen, daß er keinen selbständigen Bescheid mit eigenem Thatbestande enthält, sondern nur die Fortsetzung der Erörterung des schon vorher besprochenen Falles, aber unter Heranziehung eines neuen Momentes aus der supplicatio und mit Hervorhebung eines im Vorangegangenen noch unerörtert gebliebenen Gesichtspunktes. Aus den vorhergehenden Paragraphen aber ergiebt sich folgender Sachverhalt:

Der Supplikant hat einem fremden Sklaven ein Darlehn gegeben. Der Herr ist gestorben. —

Ueber alles Weitere — ob der Sklave noch lebt oder

gleichfalls gestorben, und wann er etwa gestorben, oder ob und wann er emanzipirt worden ist, ob das Geld in das Vermögen des Herrn gelangt ist oder nicht — darüber hat der Supplikant keinerlei Angaben gemacht; denn vorsorglich geben die Kaiser die Entscheidung für alle jene verschiedenen Möglichkeiten, um der Partei für alle Fälle einen Anhalt zu geben.

Jenen Thatbestand müssen wir nun aber auch für § 3 als vorliegend annehmen; und es fehlt nicht an äußeren Beweisen hierfür: auch hier wird der dominus wieder erwähnt; auch hier wird von ihm als einem Verstorbenen gesprochen (nullam te habuisse actionem, nämlich bei seinen Lebzeiten).

Die herkömmliche Auslegung, welche den in § 3 durch ‚alioquin' eingeleiteten Gegensatz darin findet, daß in § 3 der Darlehnsempfänger ein Freier, während er vorher ein Sklave sei, ist genöthigt, in § 3 das Wort ‚dominus' im Sinne von „Geschäftsherr" (dominus negotii) zu verstehen. Ist dies wohl auch mit einem öfter in den Quellen vorkommenden Sprachgebrauch im Einklange, so ist es doch von vornherein schon nicht recht wahrscheinlich, daß ‚dominus' in demselben Reskript ein Mal für den Herrn des Sklaven und ein ander Mal von dem Prinzipal eines Freien gebraucht sein werde.

Diese Auslegung nöthigte uns ferner, anzunehmen, daß der Supplikant auch darüber sogar, ob der, dem er das Geld gegeben, ein Sklave oder ein Freier gewesen, den Kaisern eine Angabe nicht gemacht, und daß daher die Kaiser auch hier für die beiden möglichen Fälle — daß der Empfänger des Geldes ein Sklave, und daß er ein Freier gewesen — für den erstern in pr. — § 2, für den letztern in § 3 rescribirt hätten.

Auch dieser Annahme stehen gewichtige Bedenken entgegen. Vor allem ist es nicht wahrscheinlich, daß der Supplikant eine Erwähnung des Standes des Darlehnsnehmers völlig unterlassen haben sollte. Man könnte daran denken, daß er nur

gesagt, er habe dem procurator, rem agens o. ä. des Herrn das Darlehn gegeben, und daß die Kaiser ihren Bescheid für die beiden hier offenen Möglichkeiten: 1) daß der rem agens ein Sklave, 2) daß er ein Freier war, abgefaßt hätten. Diese Annahme aber wäre doch unverträglich mit dem ganzen Bau des Reskripts. Die Kaiser gehen von vornherein ganz bestimmt von der Annahme aus, daß der Darlehnsempfänger ein Sklave des dominus war; — eine Voraussetzung, die sie doch nur aus der Sachdarstellung des Supplikanten entnommen haben konnten.

Wollten wir trotzdem in § 3 einen Freien als den Geldempfänger denken, so müßten wir annehmen, daß die Kaiser hier an die Entscheidung des ihnen vorgelegten praktischen Falls eine auf einen rein hypothetischen Sachverhalt bezügliche theoretische Erörterung hätte anreihen wollen — natürlich völlig im Widerspruch mit dem, was in Reskripten sonst üblich und durch die Bestimmung eines Reskriptes erheischt ist.

Mit dem Satze ‚alioquin si cum libero etc.‘ muß daher ein ganz neues Thatbestandsmoment eingeführt sein. Ist in § 3 die Hingabe des Geldes an den Sklaven des Verstorbenen noch immer ein Bestandtheil des von den Kaisern hier erörterten Thatbestandes, so muß derjenige, von dem es in § 3 hypothetisch heißt, daß der Supplikant mit ihm ‚contractum habuit eiusque personam elegit‘ [43]), ein Anderer sein als derjenige, welchem pecunia mutua gegeben worden ist.

Es ist nun möglich, daß die Darlehnsvaluta, pecunia mutua, dem Sklaven ausgezahlt (numeratur), der Kontrakt aber, die Vereinbarung der Rückzahlung, mit einem Anderen geschlossen wird [44]); so werden wir auch hier anzunehmen

43) Ueber ‚eligere‘ vgl. oben S. 337 Anm. 42.

44) Vgl. solche Fälle, in denen der Sklave gewissermaßen nur

haben, daß der Darlehnskontrakt mit der in § 3 neu auftretenden Person [44a]) geschlossen, das Geld aber an den vorher erwähnten Sklaven ausgezahlt worden sei. Daß die Kaiser das Kontrahieren mit dieser Person als etwas Hypothetisches hinstellen, konnte — abgesehen davon, daß ja alle Reskripte unter der Voraussetzung der Richtigkeit des Parteivortrages ergehen — darin seinen Grund haben, daß die Partei wohl die Betheiligung dieser Person erwähnt, die Art derselben aber nicht genauer angegeben hatte.

Bei der Person des Mitkontrahenten des Supplikanten werden wir nun, da bei Abwesenheit besonderer Umstände der Rechtsbescheid der Kaiser in jeder Hinsicht ungerechtfertigt erscheint, eine besondere Eigenschaft unterstellen müssen, mit welcher die Entscheidung vereinbar ist. In Ermangelung jeden anderen Anhaltes sind wir auf einen Schluß aus ihr sebst angewiesen.

Fragen wir, für welche Art von Personen die Entscheidung zutreffen würde, so bietet sich uns einzig und allein der filius-

---

als „Zahlstelle" fungirt, in l. 5 pr. qu. iussu 15, 4. c. 4 qu. c. eo 4, 26. Ein Fall dieser Art liegt wohl auch in l. 27 § 1 ad SC. Vell. 16, 1 vor.

44a) Darauf, daß wir in dem liber rem agens die in der That mit einer dritten neben dem Sklaven und dem Herrn als betheiligt gedachte Person vor uns haben, deutet vielleicht der Satz ‚cuius precibus meministi' hin. Es ist sprachlich nicht unzulässig, diesen Relativsatz auf libero rem agente, statt auf das näher stehende ‚eius' zu beziehen, daß also übersetzt wird: „wenn Du mit seinem (des Herrn) Geschäftsführer, dessen Du in Deiner Eingobe Erwähnung thatest, kontrahirt hast." (Belege für diese Möglichkeit werden sich gewiß auch hier in größerer Zahl finden lassen. Ich führe hier nur ein mir gerade zur Hand befindliches Beispiel an: l. 5 § 12 (l. 6 § 12) de neg. gest.: si Titii debitorem, cui te heredem putabam —, wo der Relativsatz gleichfalls zur näheren Bestimmung des entfernteren ‚Titius' dient.) Und es ist auch nicht sehr wahrscheinlich, daß die reskribirenden Kaiser, nachdem sie vorher schon wiederholt von dem dominus gesprochen, gegen den Schluß des Reskriptes auf einmal ihn in so nachdrücklicher Weise wie eine noch gar nicht genannte Person erwähnt haben sollten.

familias dar. Der Vater wird aus dem Darlehnskontrakt des Sohnes, trotz des SC[tum] Macedonianum obligirt, wenn das Geld in das Vermögen des Vaters übergegangen oder der Kontrakt von ihm genehmigt worden ist; si vel in rem eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit.

Der Wortlaut der Stelle läßt es zu, einen dem entsprechenden Thatbestand hier anzunehmen. Man muß nur ‚liber' hier in dem Sinne von ‚filius' verstehen, in welchem es innerhalb wie außerhalb der justinianischen Rechtsbücher mitunter vorkommt[45]). Der Sachverhalt, den wir in § 3 vorauszusetzen hätten, wäre dann folgender:

Der Supplikant hat dem Sklaven des A ein Darlehn geben wollen, hat aber das Geld zwar dem Sklaven ausgezahlt, den Darlehnskontrakt jedoch — mit oder ohne Stipulation — mit dem Haussohn des A, welcher, wie beschreibend hinzugefügt wird, auch dessen Geschäftsführer war, abgeschlossen, weil er sich an ihn, nicht an den Sklaven, künftig halten wollte (‚elegisti').

Da so ein von einem Haussohn kontrahirtes Darlehn vorliegt, so kann, wie die Kaiser reskribiren, gegen den Herrn, bezw. dessen Erben nicht, also weder mit a. de peculio noch

45) Liber = filius kommt bei den Klassikern nicht vor, wohl aber in Quintilian. declam. II 8: Liberi ac parentis non alius mihi videtur adfectus quam etc. —. In l. 89 § 5 de leg. II (31) (Scaevola): filius fideicommisit in haec verba: — — hoc casu, ut si sine liberis uno pluribusve in matrimonio moriens — — ist offenbar ein Nominativ ‚liber' vorausgesetzt. Vat. fr. (Aug. Constantin. a. 313) — — quod si voluerit liberum suum legitimum reciperare. In l. 34 de pact. 2, 14 (Modestin.) steht zwar nicht in der Florentina, aber in anderen guten Handschriften (P[b.] U. V. cf. Mommsen praef. XXXXVIII. XXXXIX; vgl. ferner § 10 J. de grad. cogn. 3, 6 si quis — — liberum vel liberos habuerit. c. 8 § 5 de secundis nupt. — — (Justinian.): — — talem liberum vel liberos habens. c. 33 de inoff. test. (Justinian.) — — si quis maximam quidem portionem libero derelinquat —.

mit a. de in rem verso, aber auch mit keiner anderen actio geklagt werden, es müßte denn das Geld in das Vermögen des Herrn gelangt oder der Kontrakt von ihm genehmigt worden sein.

Das wäre ein Weg — und m. E. der einzige Weg —, die Konstitution mit dem römischen Rechts- und Aktionensystem in Einklang zu bringen. Wem er zu gewagt erscheint, der handelt aber wohl richtiger, ein ‚non liquet' auszusprechen, statt zu der Annahme einer von Huschke (a. a. O. S. 75) mit Recht als „monströs" bezeichneten a. de in rem verso utilis seine Zuflucht zu nehmen.

VI.

Streifzüge im Entwurfe eines b. G. B. für das Deutsche Reich.

Von Prof. **Strohal** in Graz.

I. Die Geschäftsunfähigkeit der wegen Geistes-krankheit Entmündigten.

Nach § 64 Entw. gilt eine Person, „welche wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, solange die Entmündigung besteht", als „geschäftsunfähig". Ihre Willenserklärungen sind „nichtig", sie kann selbst ein ihr lediglich zum Vortheil gereichendes Versprechen nicht annehmen und durch eigene Handlungen auch nicht Besitz erwerben (vgl. § 800 Abs. 1).

Obwohl diese Behandlungsweise nicht ohne Vorgang in anderen Gesetzgebungen[1]) ist, so dürfte sie mit den Anforderungen des praktischen Lebens doch kaum verträglich sein[2]).

---

1) Vgl. hierzu Motive I. S. 130.

2) Erst nachdem diese Streifzüge schon längst geschrieben waren, kam mir Zitelmann's Schrift: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf, Th. 1— zu. Ich entnehme aus derselben, daß auch Zittelmann (vgl. a. a. O. S. 41) die im Texte besprochene Bestimmung des § 64 Entw. nicht unbedenklich findet.

Die leider immer häufiger werdenden Entmündigungen wegen Geisteskrankheit erfolgen erfahrungsgemäß in zahlreichen Fällen auch rücksichtlich solcher Personen, bei welchen trotz gewisser, zeitweise und nach einer ganz bestimmten Richtung hin sich bemerkbar machender Störungen der geistigen Funktionen von einem Zustand dauernder Willensunfähigkeit durchaus nicht die Rede sein kann[3]).

Den besten Beweis hierfür liefert die bekannte Thatsache, daß wegen Geisteskrankheit entmündigten Personen nicht selten die im wesentlichen selbständige Besorgung ihres Haushaltes und der damit verbundenen Geschäfte des gewöhnlichen Lebens überlassen wird.

Wie will man nun bei Entmündigten solcher Art[4]) mit Bestimmungen das Auslangen finden, zufolge welcher jene unter allen Umständen genau ebenso als geschäftsunfähig zu betrachten sind wie Personen im Kindesalter, d. i. unter 7 Jahren? Während ein Minderjähriger im 8. Jahre durch eigene Handlungen Besitz erwerben und auch sonst Rechtsgeschäfte selbständig vornehmen kann, durch welche er lediglich Rechte er-

---

3) Vgl. hierzu auch Mendel's Vortrag im psychiatrischen Verein zu Berlin vom 10. 7. 1888, skizzirt in der allgemeinen Zeitschrift für Psychiatrie und psychisch-gerichtliche Medizin, Bd. 45 S. 443 ff. (der vollständige Abdruck des Vortrages ist mir im Augenblicke nicht zur Hand). Mendel polemisirt hier m. E. mit vollem Recht gegen § 28 Abs. 1 Entw. („eine Person, welche des Vernunftgebrauches beraubt ist, kann wegen Geisteskrankheit entmündigt werden") und schlägt statt dieser folgende Formulirung vor: „Eine Person, welche an einer Geisteskrankheit leidet, kann entmündigt werden", eventuell: „Eine Person, welche wegen Geisteskrankheit nicht imstande ist, für sich oder für ihr Vermögen zu sorgen, kann entmündigt werden".

4) Bei gänzlich willenlosen Geisteskranken bietet die Konstruktion des Besitzerwerbes deshalb keine Schwierigkeit, weil es in Fällen so schwerer Erkrankung niemals an Organen fehlt, welche den Besitzerwerbsakt für den Geisteskranken setzen.

wirbt und von Verbindlichkeiten befreit wird (§ 65), vermag ein, wenngleich in eigener Haushaltung lebender, wegen Geisteskrankheit Entmündigter nicht einmal die für ihn von Dritten auf den Weihnachtstisch gelegten Gaben mit rechtlicher Wirkung anzunehmen, erwirbt er weder Besitz noch Eigenthum an den ihm zugestellten Briefen, Zeitungen, Büchern, an ihm in das Haus gelieferten und von ihm täglich getragenen Kleidern u. dgl.[5]), ja er kann alle diese Gegenstände auch niemals ersitzen.

Besonders drastisch scheint mir folgender Fall zu sein: Ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter, dem der Vormund die Besorgung aller Geschäfte von geringem Belange vollständig überlassen hat, bringt irgendwo käuflich ein Los an sich, auf welches einige Tage später der Haupttreffer entfällt. Nachdem der Verkäufer des Loses diesen Sachverhalt erfahren hat, strengt er gegen den Käufer zu Handen des Vormunds die Vindikation, resp. dafern der Gewinn bereits ausbezahlt worden ist, die Kondiktion an, um hiermit nach den Bestimmungen des Entwurfs auch vollständig durchzudringen.

Die hervorgehobenen Entscheidungen nehmen sich um so

---

5) Die Motive (III S. 85) suchen sich über diese bedenklichen Konsequenzen durch folgende Erwägung hinwegzuhelfen: „Den rechtlich geschützten Zustand der Inhabung können Kinder und Wahnsinnige durch eigene Handlungen herbeiführen, da zu der Herbeiführung derselben eine rechtlich bedeutsame Willenskundgebung nicht erforderlich ist." Allein hieraus ergiebt sich nur, wie unklar der Begriff der Inhabung ist, mit dem Entwurf und Motive operiren. Beispiel: Dem wegen Geisteskrankheit entmündigten A wird eine Sache longa manu tradirt. Erwirbt er hierdurch Besitz? Der Entwurf beantwortet die Frage mit: nein. Erwirbt er Inhabung? Obwohl die Motive die Frage bejahen, so bleibt doch völlig unverständlich, wie man sich diesen Erwerb nach dem Recht des Entwurfs zurecht legen soll. Einen weiteren Beleg für die konstatirte Unklarheit liefert auch die höchst sonderbare Bemerkung der Motive I S. 130 Abs. 2 a. E., auf welche ich bei anderer Gelegenheit noch zurückkommen werde.

sonderbarer aus, wenn man erwägt, daß wegen Geisteskrankheit Entmündigte nicht allein strafrechtlich verantwortlich werden können (denn nicht die Entmündigung, sondern nur das Nichtvorhandensein freier Willensbestimmung im Sinne des § 51 R. St. G. B. bildet einen Strafausschließungsgrund), sondern im § 708 Entw. auch insofern als privatdeliktsfähig behandelt werden, als sie nicht im maßgebenden Zeitpunkt des Vernunftgebrauches effektiv beraubt sind.

Auf Grund der vorstehenden Ausführungen gelange ich zu folgenden Vorschlägen:

1. Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit sollte m. E. nicht eine vollständige Aufhebung, sondern nur eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Entmündigten zur Folge haben (vgl. auch § 70 Entw.).

2. Nur hinsichtlich gewisser, namentlich aufzuführender Geschäfte (wie z. B. Eheschließung, Errichtung letztwilliger Verfügungen u. dgl.) wäre auszusprechen, daß zu ihrer Vornahme wegen Geisteskrankheit Entmündigte, solange die Entmündigung dauert, schlechthin unfähig seien.

3. Im übrigen hätte es auch für wegen Geisteskrankheit Entmündigte bei der allgemeinen Regel zu verbleiben, wonach eine Person, „welche des Vernunftgebrauches, wenn auch vorübergehend, beraubt ist", für die Dauer dieses Zustandes geschäftsunfähig ist[6]).

---

6) Praktische Schwierigkeiten würden sich hierbei m. E. um so weniger ergeben, als ein rechtsgeschäftlicher Verkehr mit Geisteskranken der schwersten Art ohnehin durch die Natur der Sache ausgeschlossen ist. Nöthigenfalls könnte man übrigens durch praktisch formulirte Präsumtionen helfen.

II. Vornahme von Rechtsgeschäften gegenüber geschäftsunfähigen Personen.

Im Gegensatz zu allen anderen mir bekannten Civilgesetzbüchern hält es der Entwurf für nothwendig, die in der Aufschrift bezeichnete Frage durch die Bestimmung des § 66 Abs. 1 prinzipiell zu entscheiden:

> Ein Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit davon abhängt, daß es gegenüber einem Betheiligten vorgenommen wird, ist unwirksam, wenn die Vornahme gegenüber einer geschäftsunfähigen Person erfolgt[7]).

Um festzustellen, was hiermit eigentlich gesagt sein will, muß zunächst auf § 64 Entw. zurückgegangen werden:

> Eine Person, welche im Kindesalter steht, ist geschäftsunfähig.
>
> Dasselbe gilt von einer Person, welche des Vernunftgebrauches, wenn auch nur vorübergehend, beraubt ist, für die Dauer dieses Zustandes, ingleichen von einer Person, welche wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, solange die Entmündigung besteht.
>
> Willenserklärungen geschäftsunfähiger Personen sind nichtig.

Darnach macht also für die Dauer des betreffenden Zustandes unter anderem auch „hochgradige Trunkenheit, Fieberdelirium, Nachtwandeln, Schlaftrunkenheit" (Motive I S. 129) geschäftsunfähig. Von nicht geringerem Belange als die Feststellung dieses Punkts ist natürlich die Beantwortung der Frage, was der Entwurf im § 66 unter „Rechtsgeschäft" ver-

---

7) Die im folgenden ausgeführten Bedenken würden auch durch die von Zitelmann a. a. O. S. 163 (vgl. § 64*) vorgeschlagene Neufassung nicht beseitigt.

steht. Hierauf antworten uns die Motive I S. 126: „Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfes ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist."

Allein auch hiermit ist das für die Würdigung des Abs. 1 von § 66 erforderliche Material noch nicht vollständig beigebracht. Es ist vielmehr nothwendig, noch folgendes zu konstatiren: einmal, daß die allgemeine Norm der berufenen Stelle des Entwurfs hinsichtlich des speziellen Falles der Stellung eines Vertragsantrags an einen geschäftsunfähigen Abwesenden durch die Bestimmung des § 89 Entw.:

> Auf die Wirksamkeit des Vertragsantrages ist es, sofern nicht ein anderer Wille des Antragenden aus dem Antrage oder den Umständen des Falles hervorgeht, ohne Einfluß, wenn der Antragende oder derjenige, welchem der Antrag gemacht worden ist, nach Absendung des Antrages stirbt oder geschäftsunfähig wird —

eine Modifikation erfährt; und zum zweiten, daß in den Entwurf (laut der Motive II S. 81) eine besondere Bestimmung über die rechtliche Wirkung von Zahlungen an Geschäftsunfähige (bezw. in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen) absichtlich nicht aufgenommen wurde.

Erst hierdurch genügend orientirt, können wir nunmehr darangehen, die Bestimmung des § 66 Abs. 1 in Verbindung mit der aus § 89 sich ergebenden Modifikation an einer Reihe praktischer Fälle zu erproben.

1. Zahlungen an Geschäftsunfähige[8]).

Ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter erhält auf Grund des von ihm präsentirten Sparkassabuchs, ohne daß den Organen der Sparkasse dabei auch nur das geringste Verschulden zur Last fällt, Kapital sammt Zinsen ausbezahlt. Ist die Sparkasse liberirt? Mit vollem Rechte bemerken zwar die Motive II S. 81: „(es) kann nach allgemeinen Grundsätzen nicht bezweifelt werden, daß dem Schuldner gegen die wiederholte Forderung der Leistung jedenfalls insoweit eine Einrede zur Seite steht, als der Gläubiger durch jene erste Leistung bereichert ist". Allein welche Beurtheilung hat in unserem Falle einzutreten, wenn dem Entmündigten der kaum empfangene Betrag wenige Minuten später auf Nimmerwiedersehen gestohlen worden ist? Wer gewohnt ist, praktisch zu denken, wird auch bei solcher Sachlage nicht daran zweifeln können, daß die Sparkasse liberirt sei, und vermuthlich aus der Natur der sogenannten Legitimationspapiere bezw. aus § 703 Entw. die erforderlichen Argumente zu gewinnen suchen, um über die Bestimmung von § 66 Abs. 1 Entw. hinwegzukommen.

Die Möglichkeit einer solchen (sei es nun berechtigten, oder bloßen Schein-) Argumentation auf Grund des § 703 entfällt jedoch bereits im folgenden Fall: Ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter kassirt eine auf seinen Namen lautende und trotz der erfolgten Entmündigung in seinem Besitz verbliebene Anweisung unter Verhältnissen ein, vermöge welcher

8) Den im Texte erörterten verwandte Fragen können sich übrigens auch bei in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen ergeben, so daß die nachstehenden Ausführungen zum Theile auch gegen die Fassung von § 66 Abs. 2 Entw. gerichtet sind.

dem Acceptanten die seinerseits erfolgte Auszahlung abermals nicht als Verschulden angerechnet werden kann. Auch hier drängen, selbst wenn der Entmündigte um den von ihm einkassirten Betrag, weil er ihm auf irgend eine Weise wieder abhanden gekommen ist, als bereichert nicht erscheint, zwingende praktische Gründe zur Annahme, daß der Zahler liberirt sei (vgl. auch § 7 d. R. K. O.). Allein § 66 Abs. 1 Entw. steht dieser richtigen Antwort entgegen.

Weitere Fälle: Jemandem, der seit einigen Tagen im Fieberdelirium liegt, werden von verschiedenen Geschäftsleuten, die von der schweren Erkrankung ihres Kunden nichts wissen, von diesem bestellt gewesene Waaren in ähnlicher Weise ins Haus geliefert, wie dies früher zu geschehen pflegte. Tritt hier Liberirung der Geschäftsleute ein, wenn die gelieferten Waaren von im Haus des Erkrankten befindlichen Personen verschleppt wurden[9])?

2. Seitens eines Abwesenden an einen Geschäftsunfähigen gestellte Anträge.

Während nach § 89 Entw. ein seitens des A dem B brieflich gestellter Vertragsantrag wirksam ist, wenn sich der Oblat nur zur Zeit des Eintreffens des Antrages im Fieberdelirium befindet, ist er zufolge desselben Paragraphen in Verbindung mit § 66 Abs. 1 „unwirksam", wenn das Fieberdelirium des Oblaten schon vor Absendung der Offerte begonnen hat!

3. Sonstige Rechtsgeschäfte gegenüber Geschäftsunfähigen.

A macht dem B gegenüber brieflich oder telegraphisch, und zwar kurz vor Ablauf der betreffenden Fristen, ein Anfechtungs-

9) Vgl. hierzu die überaus lehrreiche Nummer LV* in v. Ihering's Civilrechtsfällen ohne Entscheidungen.

recht (§§ 103, 104), Rücktrittsrecht (§§ 432, 475), Vorkaufsrecht (§ 487) u. dgl. geltend; B befindet sich im Zeitpunkte des Einlangens des Briefes bezw. Telegramms in einer jener Situationen (hochgradige Trunkenheit, Fieberdelirium u. dgl.), welche nach § 64 für die Dauer des betreffenden Zustandes geschäftsunfähig machen, um erst nach Ablauf der maßgebenden Fristen wieder zum vollen Vernunftgebrauch zu gelangen. Liegt es nicht auf der Hand, daß die doktrinäre Bestimmung des § 66 Abs. 1 den Richter in solchen und ähnlichen Fällen vor die Wahl stellt: entweder eine praktisch widersinnige Entscheidung zu fällen, oder sich über das Gesetz hinwegzusetzen[10])?

III. Willenserklärungen, welche einem bestimmten Betheiligten gegenüber abgegeben werden müssen.

Der Entwurf unterscheidet strenge (vgl. besonders §§ 66, 74) zwischen Willenserklärungen, deren Wirksamkeit davon abhängig ist, daß sie gegenüber einem Betheiligten abgegeben werden, und solchen Willenserklärungen, bei welchen dies nicht zutrifft, und er bemüht sich mit peinlicher Gewissenhaftigkeit, bei den Willenserklärungen der ersten Art jedesmal festzustellen, wer als der richtige Betheiligte (Empfänger der Willenserklärung) anzusehen sei[11]).

---

10) Vgl. auch die zutreffende Bemerkung Hölder's im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 73 S. 19.

11) Zitelmann a. a. O. S. 23 glaubt sagen zu dürfen, daß der Entwurf hier unmittelbar auch unsere Wissenschaft weiterbringe. Ich bin der entgegengesetzten Ansicht und kann in den meisten hierher gehörigen Vorschriften nur den hoffentlich mißglückten Versuch erblicken, der künftigen Rechtswissenschaft Licht und Luft zu verbauen, sie unter das caudinische Joch des Doktrinarismus zu beugen.

Ohne in Abrede stellen zu wollen, daß die einschlägigen Bestimmungen reiflich überlegt worden sind, so kann ich doch in der Aufnahme derselben in den Entwurf nur eine ganz unzweifelhafte Ueberschreitung der Grenzlinie zwischen Gesetzgebung und Doktrin erblicken, welche im vorliegenden Falle um so gefährlicher wird, je weniger die praktischen Konsequenzen der getroffenen Entscheidungen überall schon im voraus übersehen werden können. Kein Wunder daher, daß bei solcher Methode der Gesetzgebungsarbeit Mißgriffe der schlimmsten Art unterlaufen sind. Beispiele[12]) hierfür liefern die Bestimmungen der §§ 65 Abs. 3, 960 Abs. 2, 1016 Abs. 2, 1024, 1061 Abs. 2, 1189, 1213, 1591 ꝛc.

Um nicht allzu weitläufig zu werden, will ich von eingehender Besprechung aller dieser §§ Abstand nehmen und mich nur mit einigen Stichproben begnügen:

Auf Ersuchen des Eigenthümers A, der dem B eine größere Anzahl von Schmuckgegenständen als Faustpfand bestellt hat, erklärt sich letzterer brieflich bereit, einzelne derselben aus dem Pfandnexus zu entlassen, fügt jedoch zugleich bei, daß sich die fraglichen Gegenstände derzeit als Afterpfand in der Inhabung des C befänden. A wendet sich also auch an C und erwirkt bei diesem nach längerer Verhandlung und gegen Leistung einer billigen Entschädigung für die Verminderung der Sicherheit die Herausgabe der gewünschten Pretiosen. Wer, sei er nun Jurist oder Laie — vorausgesetzt nur, daß er in die Geheimnisse des Entwurfs noch nicht eingeweiht ist — möchte wohl angesichts dieses Sachverhalts daran zweifeln, daß die dem A vom C zurückgegebenen Pre-

12) Ich möchte übrigens fast die Wette anbieten, daß sich nahezu jeder der zahlreichen, mit dem Erklärungsempfänger operirenden Paragraphen des Entwurfs ad absurdum führen läßt.

tiosen von jeder Pfandhaftung frei geworden seien? Allein der Entwurf, der es, wie in so vielen anderen Punkten, so auch hier fast darauf angelegt zu haben scheint, sich mit dem natürlichen Denken in Widerspruch zu setzen, bestimmt im § 1189 folgendes:

> Zur Aufhebung des Pfandrechtes durch Rechtsgeschäft genügt die einseitige, gegenüber dem Eigenthümer des Pfandes abzugebende Verzichterklärung des Pfandgläubigers. Ist das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so bedarf es zu der Aufhebung der gegenüber dem Pfandgläubiger zu erklärenden Einwilligung des Dritten. Der Verzicht und die Einwilligung sind unwiderruflich.

Angewendet auf unseren Fall führt diese Bestimmung offenbar zu dem Resultate, daß die dem Eigenthümer A zurückgestellten Objekte nach wie vor noch immer wie mit dem Pfandrechte des B[13]), so auch mit dem Afterpfandrechte des C belastet sind: denn nach dem berufenen Paragraphen ist die Einwilligung des C zur Entlassung der mehrerwähnten Pretiosen aus dem Pfandnexus unwirksam, weil sie nicht dem Hauptpfandgläubiger B gegenüber abgegeben war, und entbehrt mangels Wirksamkeit der Erklärung des C auch die Verzichtserklärung des B der Wirksamkeit!

Ein zweiter Fall: Ein Afrika-Reisender sendet von der Capstadt aus an seinen in Deutschland zurückgelassenen un-

13) Auf § 1191 Abs. 1 Entw. („das Pfandrecht erlischt durch die Rückgabe des Pfandes von Seiten des Pfandgläubigers an den Eigenthümer, auch wenn der Pfandgläubiger sich das Pfandrecht vorbehalten hat —") kann hier aus dem Grunde nicht rekurrirt werden, weil die Rückgabe des Pfandgegenstandes nicht durch den Pfandgläubiger erfolgt ist.

ehelichen Sohn einen Notariatsakt des Inhalts: daß er sich unmittelbar, bevor er seine Reise in das Innere Afrikas antrete, um von nun an vielleicht auf Jahre unterzutauchen, und im Hinblick auf die mit der unternommenen Reise verbundenen Gefahren veranlaßt sehe, hiermit den Antrag auf Ehelichkeitserklärung seines unehelichen Sohnes zu stellen, welchen er zugleich ermächtige, diesen Antrag in Verbindung mit der vom Sohne selbst noch nachträglich zu erklärenden Einwilligung bei der kompetenten Behörde zu überreichen.

Was hat nun der Sohn nach Eintreffen dieses Notariatsakts zum Behufe der auch ihm überaus erwünschten Ehelichkeitserklärung zu unternehmen? So einfach sich diese Frage nach dem Urtheil des gemeinen Menschenverstandes zu erledigen scheint, so schwierig wird ihre Beantwortung mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 1591 und 1593 des Entwurfs:

§ 1591.

Der Antrag des Vaters sowie die Einwilligung des Kindes und der Ehefrau bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form. Die Einwilligung des Kindes und der Ehefrau des Vaters muß gegenüber dem letzteren erklärt werden; sie ist unwiderruflich.

§ 1593 (Satz 1).

Fehlt ein gesetzliches Erforderniß der Ehelichkeitserklärung, so ist diese unwirksam.

Die Lage des Sohnes ist darnach wirklich eine mißliche. Denn sobald er sich behufs Erklärung seiner Einwilligung an Gericht oder Notar wendet, muß er zu seiner Ueberraschung erfahren, daß ihm die gerichtliche oder notarielle Aufnahme seiner Einwilligung schwerlich etwas nützen werde, dafern es ihm nicht gelinge, entweder den Vater selbst oder doch wenigstens

einen mit der Vollmacht des Vaters ausgerüsteten anderweitigen Erklärungsempfänger zur Stelle zu schaffen. Unter den obwaltenden Umständen natürlich außer Stande, diesem merkwürdigen Ansinnen zu entsprechen, wird dem Sohn nichts übrig bleiben, als sich bei einem Rechtsfreund Rath zu holen. Ist dieser ein unternehmender Mann, so wird er vielleicht, nachdem er den Sohn veranlaßt hat, den Einwilligungsakt trotz des Mangels eines regelrechten „Empfängers der Willenserklärung" (vgl. Entw. § 74) einfach aufnehmen zu lassen [14], in der von ihm bei der kompetenten Behörde angebrachten und mit dem Antrag des Vaters und der Einwilligung des Sohnes belegten Eingabe um Ehelichkeitserklärung ausführen, daß die Abwesenheit des Vaters bezw. eines Vertreters desselben bei Abgabe der Einwilligung des Sohnes im vorliegenden Falle ohne Erheblichkeit sein dürfte: denn einerseits scheine geltend gemacht werden zu können, daß der Vater auf seine Intervention als Erklärungsempfänger offensichtlich verzichtet habe; andererseits könne man aber mit Rücksicht auf den Inhalt des väterlichen Antrags auch sagen, daß der Sohn bei Abgabe seiner Einwilligung eigentlich zwei Personen vorgestellt habe, nämlich sowohl seine eigene wie die eines Erklärungsempfängers für den Vater.

Nimmt man selbst an, daß infolge einer so beschaffenen Eingabe die Ehelichkeitserklärung wirklich ausgesprochen wird,

---

14) An die nach anderen Rechten in Fällen solcher Art mögliche Zuziehung eines curator ad actum ist nach dem Recht des Entwurfs nicht zu denken. Denn ein „Pfleger" im Sinne des § 1740 Entw. kann für den Vater in unserem Falle nicht aufgestellt werden, weil es sich nicht um Besorgung von Vermögensangelegenheiten des Abwesenden handelt, und die Anwendung des § 76 Entw. erscheint deshalb als ausgeschlossen, weil der Vater zur Entgegennahme der in Frage stehenden Willenserklärung nicht „verpflichtet ist".

so ist die Sache doch damit bei weitem noch nicht abgethan. Kommt nämlich unser Afrika-Reisender etwa einige Zeit nach der erfolgten Ehelichkeitserklärung seines Sohnes um, so vermag jetzt jeder Interessent die Wirksamkeit der letzteren, mit Berufung darauf, daß einem gesetzlichen Erfordernisse derselben nicht entsprochen worden sei, im Prozeßwege in Frage zu stellen. Und je mehr man sich in den „Geist" (vgl. Entw. § 1) der von der Reichscivilgesetzkommission proponirten Rechtsordnung versetzt, desto mehr muß man besorgen, daß ein in solchem Geiste entscheidender Richter der Klage des Interessenten stattgeben würde.

IV. Ausschließung von sogenannten stillschweigenden Willenserklärungen.

Wie so vieles andere, haben sich die Redaktoren des Entwurfs auch zugetraut, vollständig übersehen und daher auch positiv feststellen zu können, in welchen Fällen eine Willenserklärung nur ausdrücklich, nicht stillschweigend erfolgen könne (vgl. Motive I S. 153). Eine Reihe fehlerhafter Entscheidungen war die nothwendige Folge solchen Unterfangens. Als Beleg hierfür greife ich zunächst die Bestimmung des § 86 Abs. 1 Entw.:

> Die stillschweigende Annahme des einem Abwesenden gemachten Vertragsantrages ist zulässig, wenn der Antragende sie gestattet hat —

heraus, zu deren Verdeutlichung die Motive I S. 171 folgendes bemerken: „Die stillschweigende Annahme eines Vertragsantrages ist jedenfalls dann ausge-

schlossen, wenn der Antragende ausdrückliche Annahme gefordert hat"[15]).

Ein paar aus dem Leben gegriffene Beispiele zeigen jedoch sofort, daß die Redaktoren hierbei Wesentliches übersehen haben: A offerirt dem B gegen Ende April seine Villa als Sommerwohnung für die Monate Mai bis Ende September um den Zins von 1000 Mark, erklärt zugleich, durch 14 Tage im Worte bleiben zu wollen, und erbittet sich schriftliche Antwort vor Ausgang dieser Frist. B sendet seine Annahmeerklärung rechtzeitig ab, präsentirt sich am 1. Mai beim Administrator der Villa als Miether für die Monate Mai bis September und zieht mit seiner Familie auch thatsächlich in die Villa ein. Als sich einige Wochen später herausstellt, daß die Annahmeerklärung des B — infolge irgend eines Zufalls — dem A niemals zugekommen ist, benutzt B dies als willkommenen Vorwand, um die bezogene Villa wieder zu räumen. Schließlich kommt es zwischen A und B zum Prozeß, in welchem ersterer von B den ganzen Miethzins pr. 1000 Mark beansprucht, wogegen letzterer dem A nur eine angemessene Entschädigung für die Zeit der wirklichen Benutzung leisten will.

Offenbar kann man diesem Sachverhalte nur gerecht werden, wenn man die folgenden beiden Fragen scharf auseinanderhält:

1. Ist, obwohl die vom A ausdrücklich verlangte schriftliche Annahmeerklärung des B dem ersteren nicht zukam, der Miethvertrag dadurch zu Stande gekommen, daß B die offerirte Villa thatsächlich bezog?

---

15) Es ist ein nicht hoch genug anzuschlagender Vorzug des H.G.B. (vgl. Art. 317 ff.), daß es nach dieser, wie nach so vielen anderen Richtungen hin, der freien sachlichen Erwägung den erforderlichen Spielraum läßt.

2. Ist B dem A gegenüber an seine durch das thatsächliche Beziehen der Villa erfolgte Bethätigung des Annahmewillens einseitig gebunden?

So wenig es vom Standpunkte freier sachlicher Beurtheilung aus einem Zweifel unterliegen kann, daß die erste dieser Fragen verneint, so sicher ist zugleich, daß die zweite bejaht werden muß. Es liegt also eine Art negotium claudicans vor, bei welchem es von der Entscheidung des A abhängt, ob er das Verhalten des B als Annahmeakt gelten lassen will oder nicht.

Schlagender noch als der soeben besprochene Fall scheint mir der folgende zu sein: A offerirt dem B Werthpapiere, welche der letztere vom ersteren seinerzeit als Depositum übernommen hat, zum Preise von 6000 Mark mit dem gleichzeitigen Ersuchen um schriftliche Antwort binnen 3 Tagen. B benützt infolge dessen zwar sofort die sich ihm zufällig darbietende Gelegenheit, die erwähnten Papiere zu noch höherem Preise auf Kredit an den C zu verkaufen, versäumt es aber aus irgend einem Grunde seine Annahmeerklärung rechtzeitig an A abzusenden. Wenige Tage darauf sieht sich B durch den doppelten Umstand, daß C insolvent geworden ist, und daß die fraglichen Papiere einen bedeutenden Kursrückgang erlitten haben, veranlaßt, die letzteren wieder an sich zu bringen und sich zugleich dem A gegenüber den Anschein zu geben, als ob er niemals aufgehört hätte, ein getreuer Verwahrer des ihm anvertraut gewesenen fremden Gutes zu sein. Allein A giebt sich, nachdem er von den Manipulationen des B Kenntniß erlangt hat, mit der Rückgabe der Papiere nicht mehr zufrieden, sondern fordert die Zahlung des Kaufpreises pr. 6000 Mark. Je einiger alle Unbefangenen darüber sein müssen, daß dieser Anspruch sachlich begründet ist, in desto bedenklicherem

Lichte erscheint offenbar die berufene Bestimmung des § 86 Entw.

Der konstatirte Fehler ist leider kein vereinzelter, sondern wiederholt sich in potenzirtem Maße auch in anderen §§ des Entwurfs, unter welchen

§ 1288.

Vorbehaltsgut sind die Gegenstände, welche die Ehefrau ohne Einwilligung des Ehemannes durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden erwirbt, sofern der Ehemann das Rechtsgeschäft zu genehmigen verweigert. Als Verweigerung der Genehmigung gilt es, wenn der Ehefrau ungeachtet einer von ihr an den Ehemann erlassenen Aufforderung innerhalb einer von dem Empfange der letzteren zu berechnenden Frist von zwei Wochen eine bestimmte und ausdrückliche Erklärung nicht zukommt; die Genehmigung sowie deren Verweigerung kann nach Beginn der Frist nur gegenüber der Ehefrau erklärt werden.

Die Vorschriften des ersten Absatzes finden keine Anwendung auf ein Rechtsgeschäft, durch welches die Ehefrau lediglich Rechte erwirbt —

besonders herausgehoben zu werden verdient.

Zur Illustration dieser Bestimmung folgendes Beispiel: Eine Frau schreibt ihrem Manne, sie habe in der Voraussetzung, dessen Wünschen entgegenzukommen, in ihrer Vaterstadt unter sehr günstigen Bedingungen ein Haus gekauft; wegen der Erfüllung der von ihr übernommenen Verpflichtungen müsse sie aber natürlich baldigst wissen, ob er das Geschäft genehmige und demgemäß den Kaufpreis aus ihrem (größtentheils aus Sparkassenkapitalien) bestehenden Ehegut

zu begleichen geneigt sei, da sie sich sonst veranlaßt sehen müßte, das erforderliche Geld bei ihren Verwandten aufzunehmen. Sie ersuche daher um rasche und bestimmte Antwort. Der mit dem Vorgehen seiner Frau vollständig einverstandene Mann erhebt sofort nach Empfang des erwähnten Briefes ein zum Ehegute der ersteren gehöriges Kapital, sendet dem ihm namhaft gemachten Verkäufer des Hauses den Kaufpreis mit dem Bemerken, daß er denselben hiermit im Einverständniß mit seiner Frau aus deren Ehegut begleiche, und betraut endlich einen nach dem zeitweiligen Aufenthaltsort seiner Frau abreisenden Verwandten mit der Ueberbringung seiner Zustimmung an die Frau selbst. Allein gerade diese „ausdrückliche" Zustimmung langt wegen plötzlicher Erkrankung des Verwandten auf der Reise nicht rechtzeitig (d. h. innerhalb der gesetzlichen 14 Tage des § 1288) bei der Frau ein; wohl aber wird letzterer in der Zwischenzeit seitens des Verkäufers die Quittung über den Empfang des Kaufpreises behändigt, aus welcher sie den ganzen Sachverhalt entnimmt und wobei sie sich vollkommen beruhigt.

Wie ist nun bei solchem Thatbestande die Frage zu entscheiden, ob das von der Frau gekaufte Haus Vorbehaltsgut oder Ehegut sei? Man möchte glauben, es verstehe sich geradezu von selbst, daß die Antwort nur im letzteren Sinne ausfallen könne. Allein die Bestimmung des § 1288 Entw. — indem sie das vielgestaltige Leben mittels einer doktrinären Formel beherrschen will — bereitet jener selbstverständlichen Lösung die unglaublichsten Schwierigkeiten, welche, dafern der Entwurf in der vorliegenden Gestalt Gesetz werden sollte, nur durch rücksichtslos korrigirende Interpretation behoben werden könnte.

V. Zeitpunkt des Gebundenseins an stillschweigende Willenserklärungen.

Der Entwurf enthält über die in der Aufschrift bezeichnete und wegen der Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Verhältnisse zur gesetzlichen Lösung durchaus ungeeignete Frage folgende Bestimmung:

§ 74 Abs. 1 u. 2.

> Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung davon abhängig, daß sie gegenüber einem Betheiligten abgegeben wird (Empfänger der Willenserklärung), und erfolgt die Willenserklärung in Abwesenheit desselben, so wird zur Wirksamkeit erfordert, daß die ausdrückliche Willenserklärung ihm zukommt[16]), die still-

---

16) Die von Zitelmann a. a. O. S. 169 hinsichtlich dieser Bestimmung vorgeschlagene Neufassung [vgl. § 74*: „Wo das Gesetz von einer Willenserklärung an einen Anderen oder gegenüber einem Anderen spricht, da muß die Erklärung, um wirksam zu werden, diesem Anderen auch zukommen (empfangsbedürftige Willenserklärung). Unter Zukommen (Empfang, Entgegennahme) versteht das Gesetz, daß die Erklärung zur Kenntniß des Anderen (des Empfängers) komme. Dieser kann sich jedoch auf seine Nichtkenntniß nicht berufen, wenn er die Kenntnißnahme vorsätzlich oder fahrlässig gehindert hat, ferner dann nicht, wenn die Willenserklärung durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers nach den für die Zustellung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geltenden Vorschriften ihm zugestellt ist —"] stellt sich bei genauerer Betrachtung als eine reformatio in peius bösester Art dar. Man denke doch nur an den Fall, daß die in den letzten Tagen der Anfechtungs-, Rücktrittsfrist u. s. w. in der Wohnung des Adressaten ordnungsmäßig eintreffende Anfechtungs-, Rücktrittserklärung vor Ausgang der Frist deshalb nicht „zur Kenntniß" des Adressaten gelangt, weil dieser eine auf mehrere Tage berechnete Landpartie unternommen hat. Nach Zitelmann's Vorschlag stände man bei solcher Sachlage nur vor der Wahl: entweder die Anfechtung, den Rücktritt für wirkungslos zu

schweigende Willenserklärung zu seiner Kenntniß gelangt.

Die Willenserklärung gilt als nicht erfolgt, wenn eine den Widerruf enthaltende Willenserklärung nach den Vorschriften des ersten Absatzes vorher oder gleichzeitig zur Wirksamkeit gelangt.

Schon Bekker (System und Sprache des Entwurfs S. 37) hat richtig herausgefühlt, daß hiermit hinsichtlich der stillschweigenden Willenserklärungen eine offenbare Fehlentscheidung getroffen worden ist, und den vollen Beweis hierfür nur deshalb nicht erbracht, weil gerade das von ihm gewählte illustrirende Beispiel unter die allgemeine Regel des § 74 nicht fällt. Denn wenn Bekker sagt:

> „Einer Offerte ist die offerirte Waare, 100 Cigarren, Flaschen Wein rc. beigegeben. Der Empfänger probirt, findet Gefallen und raucht in voller Kenntniß des ganzen Sachverhalts die 100 Cigarren auf. Man wird geneigt sein, das für eine stillschweigende Annahme der Offerte anzusehen; nach dem Entwurf wäre alsdann der Annehmer gebunden nicht schon durch das Aufrauchen der letzten[17]) Cigarren, sondern erst durch die Kenntniß, die der Offerent hiervon erhielte" —

so übersieht er dabei die Spezialentscheidung des § 86 Abs. 1 Entw., wornach

---

erklären, oder aber, um dieses Resultat zu vermeiden, das Unternehmen der Landpartie dem Adressaten als fahrlässige Verhinderung der Kenntnißnahme anzurechnen.

17) Warum übrigens Bekker auf das Aufrauchen gerade der „letzten" Cigarren besonderes Gewicht gelegt wissen will, ist mir unerfindlich.

in einem solchen Falle (d. h. im Falle der „zulässigen" stillschweigenden Annahme des einem Abwesenden gemachten Vertragsantrages) zur Wirksamkeit der Annahme (ausnahmsweise) nicht erforderlich ist, daß die Annahme znr Kenntniß des Antragenden gelangt.

Allein ebensowenig wie die Bestimmung des § 74 Abs. 1 u. 2 des Entwurfs für die stillschweigende Annahme von Offerten entsprechend gewesen wäre, so wenig paßt sie für diejenigen Fälle, auf welche sie nach der Absicht der Redaktoren wirklich zur Anwendung kommen soll [18].

Beispiele: A hat für den B ein Buch gekauft und schickt es dem letzteren mit dem gleichzeitigen Ersuchen um Genehmigung ins Haus; nachdem B die Zuschrift des A gelesen und den Titel des Buches besehen hat, schneidet er es auf.

Ein von einem Minderjährigen auf eigene Faust entgeltlich erworbener Gegenstand wird mit Genehmigung des Vormunds von ersterem konsumirt (vgl. § 65 Abs. 3 Entw.).

Eine Ehefrau veräußert ohne vorhergehende Einwilligung ihres Ehemanns einen zum Ehegut gehörenden Gegenstand im Tauschwege; sobald der Mann hiervon unterrichtet worden ist und noch bevor er dem anderen Kontrahenten eine „ausdrückliche" Antwort auf dessen Aufforderung im Sinne von § 1300 bezw. § 65 Abs. 5 Entw. hat zukommen lassen, verkauft und übergiebt er im Einverständniß mit seiner Frau die von dieser eingetauschte Sache wieder an einen Dritten.

---

18) Zutreffende Bemerkungen hierüber auch bei Zitelmann a. a. O. S. 142 ff. Vgl. außerdem (S. 171) dessen neugefaßten § 76 a* Abs. 2 („eine Willenserklärung ist unwiderruflich, wenn sie stillschweigend durch Handlungen erfolgt, zu denen der Erklärende erst in Folge seiner Erklärung berechtigt werden will"), welcher als Lehrsatz zweifellos richtig ist, in ein Gesetz aber nicht hineingehört.

Von welchem Momente an ist nun der Genehmigende in allen diesen Fällen an seine Genehmigung gebunden? Die sich Jedermann von selbst aufdrängende Antwort lautet natürlich: vom Momente an, in welchem die stillschweigende Willenserklärung erfolgt ist. Der Entwurf dagegen läßt Gebundenheit erst in dem Momente eintreten, in welchem der richtige Betheiligte von der stillschweigenden Willenserklärung Kenntniß erlangt hat, und ihm zufolge müßte es daher auch möglich sein, daß der Genehmigende seine stillschweigende Willenserklärung vor dem Eintritt der Gebundenheit wieder zurückzieht!

Wie die Unrichtigkeit dieser Entscheidung, so liegt zugleich klar zu Tage, daß dieselbe gleich so vielen anderen — im letzten Grunde aus der vollständigen Verwechselung der Aufgaben eines Gesetzbuches mit denen eines Lehrbuches entstandenen — Fehlern des Entwurfs leicht zu vermeiden gewesen wäre, wenn die Redaktoren über Fragen der juristischen Konstruktion zu schweigen verstanden hätten [19]). Denn besser als auf irgend einem anderen Gebiete bewährt sich auf dem der Gesetzgebungskunst der Schlußsatz des bekannten Schiller'schen Distichons:

„Was er weise verschweigt, zeigt mir den Meister des Styls".

---

19) Vgl. auch den Bericht des Ausschusses des Bundesrathes vom 9. Juni 1874: „Die Abstraktion der allgemeineren Begriffe und Rechtswahrheiten aus dem Besonderen ist nicht Sache des Gesetzgebers, sondern der Theorie, und mit Recht hat Ihering bemerkt, daß die Präzipitirung der Rechtssätze zu Rechtsbegriffen die wissenschaftliche Auffassung und Behandlung eines Rechtes von der Darstellung desselben in einem Gesetzbuche scheide, daß der Gesetzgeber sich darauf beschränken könne, seine Anforderungen in ihrer ursprünglichen, unmittelbaren, praktischen Form aufzustellen."

VI. Einfluß nachträglich eintretender Geschäftsunfähigkeit oder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit einer Partei auf von derselben vorher abgegebene, aber noch nicht wirksam gewordene Willenserklärungen[20].

Einer sorgfältigen Prüfung auf ihre Richtigkeit und sachliche Angemessenheit scheinen mir folgende Bestimmungen des Entwurfs bedürftig zu sein:

§ 74 Abs. 3 u. 4.

> Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluß, wenn der Urheber stirbt oder geschäftsunfähig wird, nachdem er die ausdrückliche Erklärung behufs der Absendung abgegeben[21] ... hat.
>
> Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung davon abhängig, daß sie gegenüber einer Behörde abgegeben wird, so finden die Vorschriften des zweiten und dritten Absatzes entsprechende Anwendung.

---

20) Vgl. zum Folgenden Kohler: Ueber den Vertrag unter Abwesenden, im Archiv f. bürg. Recht I S. 312 ff., und Zitelmann a. a. O. S. 115 ff. Letzterer schlägt statt der im Texte berufenen §§ des Entwurfs folgende (vgl. a. a. O. S. 171 § 76 b*) Neufassung vor: „Auf die Wirksamkeit einer gültig abgegebenen Willenserklärung ist es im Zweifel ohne Einfluß, wenn der Erklärende stirbt oder handlungsunfähig oder verfügungsunfähig wird, bevor die Wirkung des Rechtsgeschäftes eingetreten ist.“ Daß und warum ich diesem Vorschlage noch weniger zustimmen kann als der Fassung des Entw., ergiebt sich aus den Ausführungen des Textes.

21) Die weiter folgenden Worte: „oder bevor der Betheiligte von der stillschweigenden Erklärung Kenntniß erlangt“ (hat), lasse ich bei Seite, weil ich es vermeiden möchte, die stillschweigenden Willenserklärungen abermals in Diskussion zu ziehen.

§ 89.

Auf die Wirksamkeit des Vertragsantrages ist es, sofern nicht ein anderer Wille des Antragenden aus dem Antrage oder den Umständen des Falles hervorgeht, ohne Einfluß, wenn der Antragende oder derjenige, welchem der Antrag gemacht worden ist, nach Absendung des Antrages stirbt oder geschäftsunfähig wird.

Obwohl in den berufenen Stellen [22]) neben dem Falle nachträglich eintretender Geschäftsunfähigkeit der erklärenden Partei des nicht minder möglichen Falles nachträglicher Beschränkung der Geschäftsfähigkeit nicht besonders gedacht ist, so ergiebt sich doch aus der Anwendung des **argumentum a maiore ad minus**, daß nach Absicht der Redaktoren hinsichtlich des letzteren Falles völlig dasselbe gelten soll, wie hinsichtlich des ersteren. Als unzulässig wird man es dagegen betrachten müssen, das in obigen Bestimmungen hinsichtlich der nachträglich eintretenden Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden Gesagte auch auf den Fall nachträglicher Konkurseröffnung zu beziehen. Denn ganz abgesehen davon, daß die Eröffnung des Konkurses keineswegs eine Aufhebung oder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, sondern vielmehr nur eine Beschränkung der Dispositionsbefugniß (vgl. § 5 d. R.K.O.) des Gemeinschuldners mit sich bringt, hält auch der Entwurf den Einfluß der Konkurseröffnung von der Aufhebung oder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit an verschiedenen Stellen (vgl. § 602 mit § 600, ferner § 831 mit 828 Abs. 4) so scharf ausein-

---

22) In gewissem Zusammenhang mit obigen Bestimmungen stehen auch die §§ 600 (vgl. hierzu § 119), 613, 686, 828 Abs. 4; trotzdem gilt für sie nicht ohne weiteres dasselbe, was über die im Texte berufenen Bestimmungen zu sagen sein wird.

ander, daß hierdurch auch eine analoge Anwendung von § 74 Abs. 3 u. 4 und § 89 auf den Fall nachträglicher Konkurseröffnung ausgeschlossen erscheint. Gerade aus diesem Grunde scheint es mir nicht uninteressant, die praktischen Resultate, zu welchen man in Fällen nachträglicher Konkurseröffnung über das Vermögen des Erklärenden auf Grund der R.K.O. in Verbindung mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen einerseits und in Fällen nachträglicher Geschäftsunfähigkeit auf Grund der obigen Bestimmungen der §§ 74 u. 89 Entw. andererseits gelangt, miteinander zu vergleichen.

1. Beispiel: Nachdem A die in einer Eingabe an das Nachlaßgericht enthaltene Erklärung: eine ihm angefallene Erbschaft auszuschlagen (Entw. § 2032), oder wohl auch: auf das Inventarrecht zu verzichten (Entw. § 2094) abgesandt hat, aber noch bevor diese Erklärung beim Nachlaßgericht eingetroffen ist, wird über sein Vermögen Konkurs eröffnet. Zweifellos ist bei solcher Sachlage die Ausschlagung, bezw. der Verzicht auf das Inventarrecht der Masse gegenüber deshalb nicht maßgebend, weil dem A im Zeitpunkte, in welchem seine Erklärung wirksam werden sollte, die Dispositionsbefugniß rücksichtlich des Massevermögens fehlte (§§ 5 und 6 R.K.O.).

Zu einem prinzipiell verschiedenen Resultate gelangt man dagegen, wenn man unter sonst gleichen Umständen annimmt, daß hinsichtlich des A während der in Betracht kommenden Zwischenzeit eine Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung, oder eine Stellung unter vormundschaftlichen Schutz perfekt geworden ist. Denn unter dieser Voraussetzung greifen die Bestimmungen des § 74 Abs. 3 u. 4 ein, zufolge welcher die Ausschlagung bzw. der Verzicht vollwirksam ist, obwohl der A diese Akte zur Zeit des Eintreffens seiner schriftlichen Eingabe selbständig gar nicht mehr zu setzen vermöchte.

Ich gestehe daher auch gerne ein, diese Entscheidung nicht begreifen zu können.

2. Beispiel: A, der an B 10 000 Mark im Spiele verloren hat, schickt dem letzteren zur Deckung dieser Schuld einen auf den genannten Betrag lautenden und von ihm indossirten Wechsel ein. Wie beim früheren Beispiel so treten auch hier analoge Differenzen hervor, je nachdem man annimmt, daß hinsichtlich des A in der Zwischenzeit[23]) zwischen Absendung des Wechsels und Eintreffen desselben beim B die eine oder die andere der oben angegebenen Veränderungen eingetreten ist. Und auch hier wieder ist mir die aus § 74 Abs. 3 resultirende Entscheidung, zufolge welcher Eigenthum am Wechsel übergeht, einfach unverständlich.

3. Beispiel: A schreibt einen Brief an B, worin er dem letzteren eine größere Anzahl von Aktien zu einem Spottpreise offerirt, und übergiebt diesen Brief einem Bekannten zur Beförderung an den Adressaten. Obwohl letzterer, noch bevor der Brief an ihn gelangt, aus den öffentlichen Blättern erfährt, daß über A der Konkurs verhängt worden, bezw. daß derselbe wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung entmündigt worden ist, nimmt er den noch vor dem Tage der Konkurseröffnung bezw. Entmündigung zur Absendung abgegebenen Antrag an. Kommt hierdurch ein für die Konkursmasse bezw. den Entmündigten wirksamer Vertrag zu Stande?

Auch hier wieder wird man unterscheiden müssen: War über den Offerenten in der Zwischenzeit zwischen Abgabe und Eintreffen der Offerte beim Oblaten Konkurs eröffnet worden,

---

23) Mit einer wesentlich anderen Sachlage hat man es natürlich zu thun, wenn die Konkurseröffnung über das Vermögen des A, bzw. die Entmündigung des letzteren erst nach dem Eintreffen des Wechsels beim B erfolgt.

so konnte die Masse durch die Offerte des Gemeinschuldners nach den §§ 5 und 6 R.K.O. nicht mehr belastet werden, und ist daher auch die Annahmeerklärung des Oblaten für jene ohne Belang. Im Falle der zwischenzeitigen Entmündigung des Offerenten dagegen ist nach § 74 Abs. 3 bezw. § 89 Entw. trotz der eingetretenen Veränderung — der Rechtskonsequenz und Billigkeit gleichmäßig zuwider — ein bindender Antrag und infolge Annahme des letzteren ein vollwirksamer Vertrag zu Stande gekommen.

Zieht man aus den vorstehenden Beispielen die Summe, so wird man sich nicht mehr verhehlen können, daß die im Vorstehenden bemängelten Rechtssätze — so wie sie vorliegen — in der That unhaltbar sind [24]). Ob dieselben aber nicht trotzdem einen richtigen — und nur infolge falscher Generalisirung angreifbar gewordenen — Gesichtspunkt in sich bergen, bleibt erst noch zu prüfen.

---

24) Dasselbe kann man getrost auch von der Bestimmung des § 600 (bzw. § 119) Entw. behaupten, wonach der Auftrag bzw. die Vollmacht, sofern nicht ein anderer Parteiwille erhellt, nicht erlischt, wenn der Auftraggeber (Vollmachtgeber) späterhin entmündigt wird. Oder ist es nicht so sonderbar als möglich, wenn Jemand auf Grund des ihm von einem Anderen ertheilten Auftrages bezw. der ertheilten Vollmacht auch noch, nachdem der letztere z. B. wegen Verschwendung entmündigt worden ist, Grundstücke des Anderen veräußern und auflassen kann, obwohl der Auftrag- bzw. Vollmachtgeber dies selbst zu thun nicht mehr vermöchte? — Auf die Würdigung der §§ 613 und 686 Entw. kann ich mich an dieser Stelle nicht einlassen. Was endlich die Bestimmung des § 828 Abs. 4 betrifft, so hängt sie untrennbar mit der Frage zusammen, ob man die formgerecht ausgestellte und der anderen Partei behändigte Eintragungsbewilligung als unwiderrufliche Ermächtigung behandelt oder nicht (vgl. hierzu meine Abhandlung in diesen Jahrbüchern Bd. XXVII S. 442 ff.). Entscheidet man diese Frage — wie es durch die Natur der Sache geboten ist — im ersteren Sinne, so versteht sich zugleich von selbst, daß die einmal wirksam ertheilte Ermächtigung durch nachträglich eintretende Entmündigung nicht mehr unwirksam werden kann.

Zu diesem Behufe glaube ich auf die beiden folgenden und bisher unberücksichtigt gebliebenen Möglichkeiten aufmerksam machen zu sollen:

a) auf die Möglichkeit, daß der Urheber einer Willenserklärung, nachdem er dieselbe behufs Absendung abgegeben hatte, aber noch bevor sie dem Adressaten zugekommen ist, zwar geschäftsunfähig wird[25]) und es bis zu dem Zeitpunkte, in welchem die Willenserklärung wirksam werden soll, auch verbleibt, jedoch ohne daß es bereits zu einer Entmündigung oder Stellung unter vormundschaftlichen Schutz gekommen ist;

b) auf die weitere Möglichkeit, daß es sich um Willenserklärungen handelt, deren Wirksamwerden für ihren während der in Betracht kommenden Zwischenzeit entmündigten oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Urheber nur rechtliche Vortheile haben kann.

Irre ich mich nicht, so ist es für Fälle solcher Art allerdings durchaus entsprechend, wenn die in der Person des Urhebers der Willenserklärung nachträglich eingetretene Geschäftsunfähigkeit oder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit gänzlich unberücksichtigt bleibt. Der durchschlagende sachliche Grund für die verschiedene Beurtheilung der einander gegenüber gestellten Gruppen von Fällen scheint mir aber dieser zu sein: In den Fällen der ersten Gruppe (Beispiele 1 bis 3) sind, bevor noch die für den Urheber nachtheiligen Wirkungen der von ihm abgegebenen Willenserklärungen eingetreten sind, bereits Organe (Vormund, Vormundschaftsgericht) vorhanden, welche jenen nach der Absicht der Rechtsordnung gerade gegen Nachtheile solcher Art schützen sollen, und es ist daher auch

25) Man denke z. B. an Fälle schwerer, aber nur vorübergehender Erkrankung.

nicht abzusehen, was die Rechtsordnung hier vernünftiger Weise veranlassen sollte, auf die noch mögliche Verwirklichung ihrer Absicht schwachmüthig zu verzichten[26]). In der zweiten Gruppe von Fällen greift dieser Gesichtspunkt nicht durch, und fällt die Entscheidung somit naturgemäß anders aus.

So viel zur sachlichen Beurtheilung des Problems. Allein wie soll sich die Gesetzgebung zu demselben stellen? M. E. würde es genügen, an passender Stelle zum Ausdruck zu bringen, daß es die Wirksamkeit einer Willenserklärung im Zweifel nicht beeinträchtigt, wenn ihr Urheber nach der zum Zwecke der Zustellung an den Adressaten erfolgten Abgabe, aber vor dem Eintreffen derselben bei der bestimmten Adresse stirbt. Denn hieraus würde sich einerseits von selbst ergeben, daß auf bis zum Wirksamwerden einer Willenserklärung fortdauernde Willensfähigkeit des Urhebers derselben nichts ankommt, und andererseits jener Tendenz der Gesetzgebung doch wieder angemessene Rechnung getragen werden können, vermöge welcher vor dem Wirksamwerden der von ihnen abgegebenen Erklärungen Entmündigte oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte gegen sich selbst geschützt werden sollen.

VII. Der Nichtigkeitsbegriff des Entwurfs in seiner Anwendung auf das Grundbuchrecht.

Aus den nicht durchweg glücklich gefaßten Bestimmungen des Entwurfs (vgl. §§ 108—110) über die „Nichtigkeit"[27])

---

26) Gegen eine Bestimmung zum Schutz des gutgläubigen Empfängers der Willenserklärung, der im Vertrauen auf den Bestand derselben gehandelt hat, ist freilich hier so wenig etwas einzuwenden, wie in zahlreichen verwandten Fällen.

27) Vgl. besonders § 108: „Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in

ergeben sich folgende praktische Sätze: 1) Die aus dem Prozeßmaterial resultirende „Nichtigkeit" eines Rechtsgeschäfts, über dessen Bestand der Richter zu erkennen hat, ist von diesem ohne alle Rücksicht auf den Parteienwillen von Amtswegen zu berücksichtigen. 2) Die „Nichtigkeit" eines Rechtsgeschäfts kann durch Verzicht des (oder der) Betheiligten, in dessen (bezw. deren) Interesse sie statuirt ist, auf die Geltendmachung derselben nicht behoben werden. 3) Die Bestätigung eines „nichtigen" Rechtsgeschäfts ist als Neuerrichtung desselben zu behandeln; bedarf das betreffende Rechtsgeschäft somit einer bestimmten Form, so muß dieser bei der Bestätigung abermals entsprochen werden.

Je einschneidender diese Sätze sind, desto vorsichtiger war bei der Statuirung der einzelnen Nichtigkeitsfälle vorzugehen und desto sorgfältiger mußte erwogen werden, ob es nicht gewisse Gebiete giebt, innerhalb welcher das Operiren mit dem allgemeinen Nichtigkeitsbegriff durchaus unpraktikabel ist. Der hiermit bezeichneten Aufgabe ist der Entwurf keineswegs überall gerecht geworden, und als fehlerhaft muß es insbesondere bezeichnet werden, daß er seine allgemeinen Grundsätze über Nichtigkeit in den wesentlichsten Punkten auch auf dem

---

Ansehung der *gewollten* rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre." Obwohl man bei einigem Divinationsvermögen wohl errathen kann, was mit dieser verschämten Definition der „Nichtigkeit" eigentlich gesagt sein will, so ist doch die Formulirung entschieden mißrathen. Oder wie will man sich mit der letzteren z. B. in Fällen zurechtfinden, in welchen eine rechtsgeschäftliche Erklärung gerade deshalb „nichtig" (vgl. Entw. §§ 64, 98) ist, weil es dem Erklärenden an dem erforderlichen Willen fehlt? Charakterisirt sich die vom Entwurf statuirte „Nichtigkeit" auch hier dadurch, daß das Rechtsgeschäft in Ansehung der *gewollten* (von wem?) rechtlichen Wirkungen so angesehen wird, als ob es nicht vorgenommen wäre?

hierzu ganz ungeeigneten Boden des Grundbuchrechts zur Anwendung zu bringen bestrebt ist[28]).

Diese seine Tendenz bringt der Entwurf im § 826 zu unzweideutigem Ausdruck; denn indem daselbst an das Dasein

28) Nur hinsichtlich eines einzigen Falles schließt der Entwurf die Anwendung der allgemeinen Nichtigkeitsgrundsätze auf das Grundbuchrecht aus. Während nämlich ein zum Schein vorgenommenes Rechtsgeschäft nach der allgemeinen Bestimmung des § 96 „nichtig" ist, enthält § 832 Entw. hinsichtlich der Scheingeschäfte folgende grundbuchrechtliche Sonderbestimmung: „Eine Eintragung, welche auf Grund eines zum Scheine vorgenommenen Rechtsgeschäftes erfolgt, ist wirksam, unbeschadet des Rechtes der Parteien, im Verhältnisse zu einander die Nichtigkeit des Scheingeschäftes geltend zu machen." Wenn die Motive (III S. 193 ff.) hierzu bemerken, daß die Anwendung des § 96 auf das Grundbuchrecht nicht praktikabel wäre, so kann ich das um so leichter zugeben, als ja meiner Ansicht nach die Anwendung der allgemeinen Nichtigkeitsgrundsätze auf das Grundbuchrecht geradezu überall zu unbefriedigenden Resultaten führt. Trotzdem halte ich den § 832, so wie er vorliegt, für eine der bedenklichsten Bestimmungen des ganzen Entwurfs. Denn sobald man mit dem Satze Ernst macht: „daß gegen die Vertragschließenden eine Simulation des dinglichen Vertrages nicht geltend gemacht werden kann" (Motive III S. 195), gelangt man mit Nothwendigkeit zu der ungeheuerlichen Konsequenz, daß der Erwerber bei Vorhandensein der Voraussetzungen des § 837 Entw. selbst im Fall einer bloßen Scheinübertragung durch das Vertrauensprinzip geschützt ist. Was dies aber heißen will, ersieht man sofort an folgendem Beispiel: A ist zu Unrecht im Grundbuch eingetragen und besorgt, daß ihm gegenüber die materielle Rechtslage geltend gemacht werden könnte; um dies auszuschließen, überträgt er sein bücherlich apparirendes Recht fiduziarisch an B, der von der Mangelhaftigkeit der Position des A keine Kenntniß hat, und dem, da ihm die Einwendung des Scheingeschäfts nach § 832 von dritter Seite nicht entgegengestellt werden kann, § 837 ohne weiteres zugute kommt. Nachdem endlich auf solche Weise jeder Angriff glücklich abgewehrt ist, läßt sich A das an den Strohmann übertragene Recht wieder zurückübertragen. Daß solcher Widersinn nicht deutsches Reichsrecht werden kann, scheint mir klar. Bei der legislativen Behandlung des grundbuchrechtlichen Scheingeschäfts wird vielmehr in Uebereinstimmung mit dem bisher geltenden Recht daran festzuhalten sein, daß das Vertrauensprinzip zu Gunsten eines blos fiduziarischen Erwerbers nicht ein-

eines (man darf wohl hinzufügen: äußerlich korrekten[29]) Bucheintrags lediglich die durch einfachen Gegenbeweis entkräftbare (vgl. § 198) Vermuthung geknüpft wird, daß ein eingetragenes Recht erworben und ein gelöschtes Recht erloschen sei, wird damit zugleich ausgesprochen, daß es im Falle der Erbringung des Gegenbeweises schlechthin auf die materielle Rechtslage ankommt, welche, abgesehen von jener Vermuthung nach allgemeinen Grundsätzen, schon von vornherein maßgebend wäre.

Versuchen wir uns klar zu machen, zu welchen Konsequenzen solche Behandlungsweise führt. Nachdem B auf Grund der seitens des A vorgenommenen Auflassung als Eigenthümer des Grundstückes x eingetragen worden ist, stellt sich heraus, daß bei der Auflassung ein solcher Irrthum unterlaufen war, welcher A's Auflassungserklärung nach den §§ 98, 99 Entw. als „nichtig" erscheinen läßt[30]). Hinterher kommt es jedoch zu einer nachträglichen Verständigung, zufolge welcher es A bei der Auflassung bewenden läßt, wogegen ihm B 5000 Mark bezahlt. Nichtsdestoweniger bleibt die Situation des B nach dem Recht des Entwurfs eine überaus unsichere, und zwar sowohl gegenüber Dritten wie gegenüber dem A selbst. Es dürfte nicht überflüssig sein, beides genauer auszuführen:

greift, oder m. a. W., daß dem durch einen materiell ungültigen Eintrag Verletzten die Geltendmachung der materiellen Rechtslage auch einem Fiduziar des ungültig Eingetragenen gegenüber zustehen muß. Völlig selbstverständlich ist es ferner, daß den durch eine fiduziarische grundbuchrechtliche Uebertragung verkürzten Gläubigern die Geltendmachung des Scheingeschäfts nicht versagt werden darf.

29) Bestimmungen darüber, hinsichtlich welcher Bucheinträge wegen unterlaufener formeller Mängel Richtigstellung von Amtswegen einzuleiten ist, sind für die Grundbuchordnung in Aussicht genommen (vgl. Motive III S. 234).

30) Die Ausführungen des Textes würden übrigens ebensogut auch auf andere Nichtigkeitsfälle (vgl. z. B. § 64 Abs. 1, § 65 Abs. 3, § 66 Abs. 1 Entw.) passen.

1. Situation gegenüber Dritten.

Das Grundstück x gelangt in den Besitz des C, gegen welchen B die Vindikation anstrengt. Macht ersterer hierbei die „Nichtigkeit" der Auflassung des A an den B überhaupt geltend, so kann es letzterem dem früher Gesagten zufolge nichts helfen, wenn er sich auf die nachträglich zwischen ihm und dem A erzielte Verständigung beruft. Resultat: B wird abgewiesen[31]).

2. Verhältniß des B zum A.

Sieht sich B, weil der Besitz des Grundstücks x wieder an den A gelangt ist, genöthigt, gegen diesen die Vindikation anzustrengen, so vermag er, dafern A den wirklichen Sachverhalt aufdeckt, gleichfalls nicht durchzudringen; denn der in dem Verhalten des A gelegene dolus ändert nichts daran, daß Vindikant jedenfalls nicht Eigenthümer ist. Weniger günstig für den A wird die Entscheidung ausfallen, wenn dieser klagend gegen den B auftritt und im Sinne des § 843 Entw. das Begehren auf Wiederherstellung des vorigen Buchstandes stellt. Da nämlich die soeben genannte Klage unzweifelhaft der Verjährung unterliegt (vgl. auch Motive III S. 254, 255), so muß auch Verzicht auf die Anstellung derselben als möglich und speziell in unserem Falle als wirksam anerkannt werden[32]).

Allein dafern B nicht im Besitze des Grundstücks ist und sich denselben aus irgend welchem Grunde auch mittels der Besitzklage nicht (oder nicht mehr) verschaffen kann, ist ihm nach dem Recht des Entwurfs selbst durch einen Sieg im Berichtigungsprozesse noch nicht geholfen, und wird er daher

31) Vgl. auch Motive III S. 193.

32) Vom Standpunkt des Rechts des Entwurfs wirft sich übrigens sogar die Frage auf, ob der Verzicht auf die Anstellung der Berichtigungsklage, bei dem Umstande als er zur Konvaleszenz der Auflassung gewiß nicht führt, nicht etwa gar blos obligatorische Wirkung hat, so daß er der Konkursmasse des Auflassenden gegenüber nicht mehr Stich hält.

am besten thun[33]), das Grundstück sobald als möglich einem „Treuhänder" (vgl. Motive III S. 195), der von der Richtigkeit der früheren Auflassung nichts weiß (und demgemäß nach § 837 in Verbindung mit § 832 Entw. vermöge des zu seinen Gunsten eingreifenden Vertrauensprinzips geschützt ist), aufzulassen, um sich dasselbe nach von dem letzteren durchgeführter Vindikation wieder zurückübertragen zu lassen[34]).

Behufs Vervollständigung des Situationsbildes soll schließlich von einer zwischen A und B nachträglich getroffenen Verständigung ganz abgesehen, statt dessen aber angenommen werden, daß die Klage des ersteren gegen den letzteren auf Wiederherstellung des vorigen Buchstandes bereits verjährt ist. Kann auch die bücherliche Position des B natürlich unter dieser Voraussetzung nicht mehr mit Erfolg angefochten werden, so bleibt doch jedem Besitzer des Grundstücks, gegen welchen B mit der Vindikation auftritt, selbst jetzt noch die zur Abweisung des Klägers führende Vertheidigung offen, daß die seinerzeit seitens des A zu Gunsten des B vorgenommene Auflassung eine „nichtige" gewesen sei. Die Verwendung eines „Treuhänders" zum Zweck erfolgreicher Durchführung der Vindikation möchte sich also nach dem Recht des Entwurfs auch bei dieser Konstellation als nicht unzweckmäßig erweisen.

In vielleicht noch bedenklicherem Lichte als in dem bisher betrachteten Falle zeigt sich aber die Behandlungsweise des Entwurfs, wenn man die Eventualität ins Auge faßt, daß

33) Vgl. hierzu die Ausführungen in N. 28.

34) Möglicher Weise könnte man bei der im Texte vorausgesetzten Sachlage auch auf den Ausweg verfallen, daß B den A zunächst auf neuerliche Vornahme der Auflassung zu klagen habe. Allein wie soll A auflassen, nachdem er doch aufgehört hat, der eingetragene Eigenthümer zu sein und wie soll B neuerdings eingetragen werden, da er ja doch ohnedies schon eingetragen ist und A ihm gegenüber auf Anstellung der Berichtigungsklage verzichtet hat? Ganz abgesehen hiervon würde übrigens der Beschreibung des bezeichneten Auswegs auch § 351 Abs. 1 Entw. entgegenstehen.

ein im Grundbuch eingetragenes Recht, also z. B. eine Servitut auf Grund eines „nichtigen" Rechtsgeschäfts (man denke etwa daran, daß die Bewilligung zur Löschung seitens einer geschäftsunfähigen, oder in der Geschäftsunfähigkeit beschränkten Person ertheilt war) gelöscht worden ist. Zufolge § 826 Entw. würde nämlich dem Servitutsberechtigten (resp. dem Rechtsnachfolger desselben) in solchem Falle selbst nach eingetretener Verjährung der Klage auf Wiederherstellung des zu Unrecht gelöschten Servitutseintrags die Möglichkeit rechtlich gesicherter Ausübung der Servitut noch immer offen bleiben; denn der negatoria des Eigenthümers gegenüber vermöchte sich Beklagter jederzeit[35]) darauf zu berufen, daß die Löschung seiner Servitut auf Grund eines „nichtigen" Rechtsgeschäftes erfolgt sei. Und so käme man also glücklich zu einer eigenthümlichen Sorte von bücherlich gelöschten dinglichen Rechten an Grundstücken, deren bücherliche Wiederherstellung der Eigenthümer zwar verhindern könnte, deren praktische Ausübung aber er dulden müßte!

Nach alledem wird wohl nicht mehr geleugnet werden können, daß der Entwurf durch die Verfolgung der eingangs bezeichneten Tendenz von dem durch andere Gesetzgebungen, welche äußerlich korrekten Bucheinträgen ein gewisses Maß formaler Rechtskraft zuerkennen, bereits längst gewiesenen richtigen Wege nicht zu seinem Vortheile abgeführt worden ist[36]).

Das Maß, über welches bei Verwendung des Prinzips der formalen Rechtskraft nicht hinausgegangen werden darf, bleibt jetzt noch genauer zu bestimmen; denn eine Ueberspan-

35) Selbst langjährige Nichtausübung des Servitut würde hieran nichts ändern, weil der Entwurf das Institut der Rechtsverjährung (Erlöschung von Rechten durch non usus) gar nicht kennt.

36) Vgl. hierzu mein Eigenthum an Immobilien S. 4 N. 3 und neuestens Bähr in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. XXX S. 501 ff.

nung des genannten Prinzips könnte allerdings zu noch viel größeren Fehlern führen als die gänzliche Ignorirung desselben. Durchaus verkehrt wäre es insbesondere, wenn Bucheinträgen ohne alle Rücksicht auf ihre materielle Unterlage formale Rechtskraft und dingliche Rechtsbeständigkeit in dem Sinne zugeschrieben werden wollte, daß ihnen gegenüber unter allen Umständen nur mehr sogenannte obligatorische Anfechtung im Wege der Kondiktion offen bliebe[37]). Allein indem die Kommission diese gefährliche Lehre mit Recht ablehnte (vgl. Motive III S. 138 ff.), hätte sie doch zugleich nicht übersehen sollen, daß sich die letztere nicht deshalb als unbrauchbar erweist, weil es ihr zufolge gegenüber einem materiell zu Unrecht, aber äußerlich korrekt vorgenommenen Bucheintrage einer Reaktion seitens des Verletzten bedarf, sondern vielmehr nur aus dem Grunde, weil die Beschränkung auf blos kondiktionenrechtlichen Schutz in allen kritischen Fällen mit einer Verkürzung des durch den materiell ungültigen Eintrag Verletzten gleichbedeutend ist.

Um zu allseitig befriedigenden Resultaten zu gelangen, brauchte man daher auch nur im Anschluß an den bereits im § 9 (vgl. übrigens auch § 7) des preuß. Gesetzes über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 ausgeprägten Gedanken[38]) die Bestreitung der vermöge eines äußerlich korrekten Bucheintrags apparirenden dinglichen Rechtslage selbst im Falle der Nichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts unter den Gesichtspunkt dinglich wirksamer **Anfechtung** zu bringen; denn hierdurch wäre einerseits — insoweit die dingliche Rechtslage in Frage kommt — die Anwendung der all-

37) Vgl. dagegen mein Eigenthum an Immobilien S. 2 und meine Ausführungen in der Jenaer Literatur-Zeitung 1877 S. 168 ff.

38) Vgl. auch §§ 61 ff. des öster. allg. Grundb.-Ges.

gemeinen Richtigkeitsgrundsätze ausgeschlossen[39]) und andererseits der Verletzte[40]) doch um nichts weniger geschützt, als ihn die Reichscivilgesetzkommission geschützt wissen wollte.

VIII. Einfluß der mangelnden Einwilligung des Inhabers eines belastenden Rechtes auf die angestrebte rechtsgeschäftliche Aufhebung des belasteten Rechtes.

Die Motive III S. 463 präcisiren den Standpunkt des Entwurfs zu dem in der Aufschrift bezeichneten Probleme in nachstehender Weise: „Der Entwurf schließt in allen[41]) Fällen der Aufhebung von Rechten (an Grundstücken, an beweglichen Sachen und an Rechten) durch positive Bestimmung die rechtsgeschäftliche Aufhebung mit Vorbehalt des belastenden Rechtes aus, indem in § 960 Abs. 2, 965 Abs. 2, 977 Abs. 2, § 1015, § 1016 Abs. 2, § 1021 Abs. 2, §§ 1025, 1048,

39) Infolge solcher Normirung könnte die auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäftes gebuchte Rechtslage nicht nur durch Bestätigung konvalesziren, sondern auch durch Verschweigung des Verletzten (Verjährung der Berichtigungsklage) Konsistenz gewinnen.

40) Wer, je nach Maßgabe der Sachlage, als der Verletzte zu betrachten ist, dürfte natürlich nicht zweifelhaft gelassen werden.

41) Je öfter (nicht weniger als zehnmal) der von den Motiven hiermit vertheidigte Rechtssatz im Entwurfe zum Ausdruck gebracht wird, als desto auffallender erscheint es, daß eine Bezugnahme auf denselben in den das Hypotheken- und Grundschuldrecht behandelnden Titeln 1 und 2 des 9. Abschnittes von Buch III, insbesondere im § 1091 gänzlich unterblieben ist. Trotzdem wird man nicht einen Augenblick daran zweifeln können, daß die uns hier beschäftigende Frage im Sinne des Entwurfs für die rechtsgeschäftliche Aufhebung einer belasteten Hypothek oder Grundschuld in derselben Weise zu lösen ist, wie bei der rechtsgeschäftlichen Aufhebung eines belasteten Vorkaufs-, Faustpfandrechtes, einer belasteten Servitut, Reallastberechtigung.

1061 und § 1206 Abs. 2 in Verbindung mit § 1189 die Einwilligung des dritten Berechtigten zur Wirksamkeit der Aufhebungserklärung verlangt wird. Damit wird, wenn dem Erfordernisse nicht genügt ist, der Erklärung die Kraft abgesprochen, die beabsichtigte rechtliche Wirkung herbeizuführen, und zwar wird derselben auch nicht die Wirkung einer dinglichen Bindung beigelegt, kraft deren, ohne jedes Widerrufsrecht des Erklärenden, mit Hebung des Mangels die beabsichtigte rechtliche Wirkung nunmehr einträte. Die Konvaleszenzmöglichkeit wird, soweit es sich um Rechte an Grundstücken handelt, wenn die Löschung ohne die erforderliche Einwilligung zu Unrecht vorgenommen worden ist, nach den Vorschriften des im § 834 mitallegirten § 830 zu beurtheilen sein."

„Die Gründe für die Regelung des Entwurfes liegen in den Unzuträglichkeiten, welche bei einer Aufhebung mit Vorbehalt des belastenden Rechtes sich ergeben würden. Man würde zu einem in gewissem Sinne relativen Fortbestande des aufgehobenen Rechtes kommen, welcher so weit reicht, wie der Inhalt des vorbehaltenen belastenden Rechtes verlangt. Die Verwickelung und die Ungewißheit, welche mit einer solchen Relativität verbunden sind, erscheinen im praktischen Interesse nicht wünschenswerth."

Die Redaktoren haben hiernach also offenbar angenommen, daß es ihnen mittels des von ihnen gefundenen Rechtssatzes gelungen sei, die „Unzuträglichkeiten, welche bei einer Aufhebung mit Vorbehalt des belastenden Rechtes sich ergeben würden", vollständig zu beseitigen. Allein durch Vorführung einiger aus dem Leben gegriffenen Beispiele läßt sich mit Leichtigkeit nachweisen, daß diese Annahme auf merkwürdiger Selbsttäuschung beruht.

1. Beispiel: B, dem der A zur Sicherstellung einer Schuld pr. 300 Mark ein Pferd als Faustpfand bestellt hat,

räumt an diesem (unter gleichzeitiger Verpfändung seiner Pfandforderung) dem C zur Sicherstellung einer Forderung pr. 50 Mark ein Afterpfandrecht ein. Einige Zeit darauf tilgt der Erbe des Hauptverpfänders (A), der von der Afterverpfändung nichts weiß, seine Schuld an B. Wie ist der rechtliche Effekt dieser Zahlung zu bestimmen? Doch wohl dahin, daß infolge der letzteren Forderung und Pfandrecht des B insoweit als erloschen anzusehen sind, als man nicht im Interesse des C zur Annahme einer relativen Fortdauer jener Rechte genöthigt ist (vgl. auch § 1223 Entw.). Entscheidet man aber in diesem Sinne, so ist man damit bereits wieder bei einer jener „Unzuträglichkeiten" angelangt, welche der Entwurf durchweg abgeschafft wissen will.

Um nicht eines Uebersehens geziehen zu werden, will ich übrigens nicht verschweigen, daß es immerhin ein Auskunftsmittel giebt, durch dessen Anwendung die Konstruktion der Reichscivilgesetzkommission auch in unserem Falle gerettet werden könnte. Zu diesem Ende müßte man nämlich annehmen, daß der Erbe des A bei der vorausgesetzten Sachlage nicht einmal dem Zahlungsempfänger B gegenüber liberirt werde; woraus sich dann wieder ergäbe, daß B, solange das Afterpfandrecht des C existent ist, über sein trotz der empfangenen Zahlung intakt gebliebenes Forderungs- und Pfandrecht noch vollwirksam verfügen könnte. Eine solche Behandlungsweise zu acceptiren, dürfte aber selbst die Reichscivilgesetzkommission Bedenken tragen.

2. Beispiel: Auf dem Grundstück des A ist zu Gunsten des B zur Sicherstellung einer anfechtbaren Schuld im Nominalbetrage von 5000 Mark eine Hypothek eingetragen; nachdem A dieselbe im Sinne des § 1093 Entw.:

> Steht dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung

> des Anspruches auf die Leistung dauernd ausgeschlossen wird, so erlischt die Hypothek mit der gegenüber dem Gläubiger abzugebenden Erklärung des Eigenthümers, daß er die Einrede geltend mache —

angefochten, aber bevor er ihre Löschung durchgesetzt hat, erwirkt der gutgläubige (und daher vermöge der Geltung des Vertrauensprinzips geschützte) C die Eintragung einer Afterhypothek zur Sicherstellung einer Forderung pr. 500 Mark.

Angesichts dieses Sachverhalts ergiebt sich zunächst die Frage, ob wegen des Umstandes, daß gegen den zu Gunsten des C vorgenommenen Eintrag mit Erfolg nicht reagirt werden kann, etwa auch die Hypothek des B wieder zu voller Wirksamkeit gelangt? Da bejahende Antwort hierauf ein solches Maß des Widersinns enthielte, wie ich es Niemandem zumuthen mag, so glaube ich allgemeiner Zustimmung sicher zu sein, wenn ich die Frage verneine. Bei solcher Lösung wirft sich aber sofort wieder die weitere Frage auf, ob A gegen B den Anspruch durchsetzen kann, daß die zu Gunsten des letzteren eingetragene Hypothek mit Vorbehalt der wohlerworbenen Rechte des C gelöscht werde? Von welch eminentem praktischen Belange die hierüber zu treffende Entscheidung ist, liegt auf der Hand: denn nur im Falle der Durchsetzung des bezeichneten Anspruchs vermag sich der A wenigstens vor weiterem Schaden zu bewahren, während er andernfalls Gefahr läuft, daß auf Grund des zu Gunsten des B nach wie vor noch apparirenden Hypothekeneintrags weitere Einträge zu Gunsten von vermöge des Vertrauensprinzips geschützten Dritten vorgenommen werden. Wir haben es also offenbar mit einer jener Situationen zu thun, welche § 843 (Abs. 1 Satz 1) Entw.:

> Steht der Inhalt des Grundbuches mit der wirklichen Rechtslage im Widerspruch, so ist derjenige, für welchen ein ihm nicht zustehendes Recht eingetragen,

> oder zu dessen Vortheile ein noch bestehendes Recht gelöscht ist, verpflichtet, demjenigen, dessen Recht durch die Eintragung beeinträchtigt wird, auf Verlangen die der wirklichen Rechtslage entsprechende Eintragung in der nach der Grundbuchordnung erforderlichen Form zu bewilligen —

im Auge hat, und gelangen durch einfache Anwendung dieser Vorschrift auf unser Beispiel abermals wieder zu jener Rechtsfigur, welche die Reichscivilgesetzkommission nicht mehr dulden zu wollen erklärt.

3. Beispiel: Nachdem das Grundstück des A zu Gunsten des B zu Unrecht mit einem Erbbaurecht belastet, und nachdem auf dem für das letztere bestimmten Grundbuchblatt (vgl. Entw. § 962 Abs. 2) zu Gunsten des gutgläubigen C eine Hypothek eingetragen worden ist, klagt A gegen B und C im Sinne des § 843 Entw. auf Wiederherstellung des vorigen Buchstandes. Da die hiermit skizzirte Sachlage prinzipiell dieselbe ist wie in unserem zweiten Beispiele, so wird A auch hier die von ihm angestrebte Wiederherstellung des vorigen Buchstandes nur mit Vorbehalt des wohlerworbenen Rechtes des C durchsetzen können.

Durch die vorgeführten Beispiele erscheint also zur Evidenz gebracht, daß es die Rechtsordnung durchaus nicht in ihrer Macht hat, Komplikationen zu verhindern, vermöge welcher ein belastetes Recht nur insoweit Bestand hat, als dies durch das Interesse des Inhabers des belastenden Rechtes geboten ist. Steht aber dies einmal fest, so ist nicht minder evident, daß die in der eingangs citirten Stelle der Motive berufenen Bestimmungen des Entwurfs, welche die mit dem blos relativen Bestande von belasteten Rechten verbundenen Verwicklungen der juristischen Symmetrie zu Liebe ein für allemal abschaffen wollen, ihren eigentlichen Zweck vollständig

verfehlen. Noch viel schlimmer aber ist, daß diese Bestimmungen überall dort, wo sie wirklich zur Anwendung gebracht werden könnten, zu schlechthin unannehmbaren Resultaten führen.

Beispiel: Der Hypothekar B, dessen Hypothek pr. 20,000 Mark mit einer dem C zuständigen Afterhypothek pr. 5000 Mark belastet ist, erläßt dem Eigenthümer A vermächtnißweise seine Forderung und Hypothek. Wie gestaltet sich nun die Situation des A nach dem Vermächtnißanfalle und nachdem ihm vom Erben des B die Bewilligung zur Löschung der Hypothek ausgefertigt worden ist, wenn einerseits C — wie nur natürlich ist — der Löschung nicht zustimmt, und andererseits A momentan außer Stande ist, den C zu befriedigen [42])? Antwort: Vollwirksame Aufhebung der Forderung und Löschung der Hypothek pr. 20,000 Mark ist mangels Zustimmung des C nicht möglich, und Aufhebung bzw. Löschung von Forderung und Hypothek mit Vorbehalt der Rechte des C ist gesetzlich nicht statthaft; folglich besteht die Hypothek (sammt Forderung) pr. 20,000 Mark trotz der liberatio legata noch aufrecht, der Erbe des B kann über sie wirksam verfügen, die Gläubiger des Erben können sich aus ihr befriedigen, und weitere Einträge können rücksichtlich ihrer anstandslos stattfinden. Und alles dies nur, damit — wie die Motive sagen — jene „Unzuträglichkeiten" vermieden werden, welche bei einer Aufhebung mit Vorbehalt des belastenden Rechtes sich ergeben müßten! Es handelt sich dabei also offenbar um eine jener Kuren, welche das Uebel erst hervorrufen, von dem sie heilen wollen.

42) Man kann dabei insbesondere auch an den Fall denken, daß die Hypothek des C noch nicht fällig ist.

VII.

Zur Lehre von der Theilung der Rechte. Bedeutung der Begriffsbildung und legislatorische Behandlung.

Von Professor G. Rümelin in Freiburg i. B.

In meiner Theilung der Rechte sind die methodischen Erörterungen etwas zu kurz ausgefallen und ich glaube deshalb in dieser Richtung noch einmal das Wort ergreifen zu sollen.

Die Anschauungen, die ich hier vertheidigen will, bilden das Hauptobjekt der Angriffe, die Scheurl gegen mich gerichtet hat, und ich werde deshalb im Folgenden eine eingehende Auseinandersetzung mit diesem Schriftsteller nicht umgehen können. Ich habe in meiner Theilung der Rechte von einer Polemik gegen Scheurl's frühere Schriften abgesehen und ihn nur da angeführt, wo ich mit ihm übereinstimmte; da mir aber jetzt eine möglichst erschöpfende Besprechung der einschlagenden Fragen angezeigt erscheint, so wird es wohl nicht zu vermeiden sein, ab und zu von der Defensive zur Offensive überzugehen, wenn auch manche Gründe gegen eine solche Polemik sprechen.

Die folgenden Erörterungen sollen nur die allgemeinen methodischen Fragen behandeln; eine Replik auf Angriffe, die

nur gegen einzelne Detailpunkte gerichtet sind, beabsichtige ich nicht, da ich bezweifeln muß, ob denselben genügendes Interesse entgegengebracht würde. Es ist mir aus diesem Grund namentlich unmöglich, auf alle Einzelheiten der sehr dankenswerthen Recension von Ubbelohde einzugehen, was ich ausdrücklich bemerken möchte, damit das Stillschweigen keine andere Auslegung erfährt.

Mit den hier zu besprechenden principiellen Fragen steht die legislatorische Behandlung der Lehre in nahem Zusammenhang, welche deshalb ebenfalls in den Kreis der Erörterungen gezogen werden soll.

Ich werde außer der Schrift von Scheurl: Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten, Erlangen 1884, S. 1—118, auch folgende Recensionen nur mit dem Namen des Autors und der Seitenzahl citiren: Scheurl, Kritische Vierteljahrsschrift B. 26, S. 525—539. Ubbelohde, Göttingische gelehrte Anzeigen 1883, S. 784—829 und Krasnopolski, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 12 S. 501—507. Seitenzahlen ohne den Namen eines Autors beziehen sich auf meine Theilung der Rechte.

I.

Die Angriffe der Scheurl'schen Recension beginnen und endigen mit dem Satz, daß ich von einem falschen Begriff der Theilung ausgehe.

Während ich auch dann von Theilung rede, wenn ein Ganzes in verschiedene ungleiche Theile, also zum Beispiel ein Grundstück durch Grenzziehung in verschiedene kleinere Grundstücke zerlegt wird, und hierauf den Ausdruck Theilung mit complicirter Durchführung anwende, will Scheurl dies nicht als Theilung anerkennen. Nach ihm ist eine bloße, reine und

insofern eigentliche Theilung nur dann vorhanden, wenn ein Ganzes in mehrere nur kleinere, aber durchweg mit dem alten Ganzen gleichartige neue Ganze zerlegt wird, was Scheurl die arithmetische Theilung nennt (S. 6 u. 526). Jede auf juristischem Gebiet vorkommende Theilung ist eine Zerlegung in gleichartige Theile, denn eine Zerlegung in ungleichartige Stücke ist keine wahre Theilung. Alle Baiern trinken Bier, denn wer kein Bier trinkt, ist kein wahrer Baier. Derartige Sätze sind natürlich unanfechtbar, sobald man den Schlußsatz zugegeben hat; aber ob derselbe richtig ist, das ist eben die Frage. Ihrer Beantwortung muß aber eine Verständigung darüber vorausgehen, durch welche Faktoren die richtige Begriffsbildung bestimmt wird.

Dem Theilungsbegriff kann meines Erachtens eine dreifache Bedeutung zukommen. Derselbe kann einmal wichtig sein für die Feststellung des geltenden Rechts. Denn sofern der Gesetzgeber die Theilung anordnet oder ausschließt, muß festgestellt werden, was derselbe unter Theilung versteht. Die Abgrenzung und die Gliederung des Theilungsbegriffs ist ferner von Wichtigkeit für die Darstellung und das Verständniß des geltenden Rechts und damit hängt dann die dritte Bedeutung des Theilungsbegriffes zusammen, welche demselben für die Abgrenzung der Untersuchung zukommt (zu vergl. Theilung der Rechte S. 27).

In dem Vorstehenden ist schon angedeutet, wie weit wir bei Feststellung des Theilungsbegriffs an die Quellen gebunden sind. Sofern der Gesetzgeber unter Verwendung des Theilungsbegriffs etwas anordnet, erwächst uns die Aufgabe, festzustellen, was der Gesetzgeber sich unter Theilung denkt, während die Ansichten des Gesetzgebers für die Abgrenzung der wissenschaftlichen Untersuchung und für die Wahl der Mittel, deren

sich die Darstellung und Erklärung des festgestellten Rechts bedient, nicht bindend sind.

Wenn nun mit Rücksicht auf die angegebenen Verhältnisse eine Abgrenzung und Eintheilung des Theilungsbegriffs erfolgt, so kann an denselben zunächst, d. h. bevor auf das Detail der Lehre eingegangen wird, keine andere Anforderung gestellt werden als die, daß der Begriff und dessen Unterarten scharf und deutlich von andern Gebieten sowie untereinander abgegrenzt und daß diese mit angemessenen Namen versehen sind. Erst die folgende Darstellung hat den Werth und die Richtigkeit des aufgestellten Begriffsapparats zu zeigen; erst bei dieser ist die Möglichkeit eines Fehlers gegeben, indem entweder in die Quellenstellen ein falscher Theilungsbegriff hineingetragen wird oder eine unrichtige Subsumtion der Erscheinungen des Rechtslebens unter die aufgestellten Begriffe stattfindet.

Der Beweis, daß die von mir aufgestellten Begriffe werthvoll sind, soll nun im Folgenden erbracht werden, da die betreffende Darstellung in meiner Theilung der Rechte zu kurz ausgefallen ist. Zunächst soll aber im Anschluß an die Darstellung von Scheurl der Nachweis geliefert werden, daß eine bindende Feststellung des Theilungsbegriffs auf Grund allgemeiner Erwägungen ohne Eingehen auf das Detail der Lehre nicht möglich ist, und daß auch keine allgemein redenden Quellenstellen für die Scheurl'sche und gegen meine Abgrenzung des Theilungsbegriffs angeführt werden können.

II.

Methodische Erörterungen über die Frage, wie der zu verwendende Theilungsbegriff zu bilden sei, finden sich bei Scheurl nicht. In seiner Recension stellt Scheurl seinen Theilungsbegriff einfach dem meinigen als den richtigen ent-

gegen, ohne etwas zum Beweis dieser Behauptung beizubringen. Die Abhandlung beginnt mit einer Definition der Theilbarkeit, die folgendermaßen lautet:

„Theilbarkeit als eine Eigenschaft von Rechten bedeutet nach römischem Recht ihre Fähigkeit, in mehrere Rechte zerlegt zu werden, wovon jedes ein Ganzes für sich bildet und sich von dem Rechte, das in sie zerlegt wird, nur durch seine Größe (Quantität), nicht durch seine Beschaffenheit (Qualität) unterscheidet."

Scheurl meint zwar, die Richtigkeit dieser Auffassung ohne weiteren Beweis voraussetzen zu dürfen, da dieselbe auch anerkannt sei, er führt aber doch einige Gründe allgemeiner Natur für seine Behauptung an, auf die hier näher einzugehen ist.

Am ausführlichsten behandelt Scheurl den Nachweis, daß der von ihm aufgestellte Begriff der Theilbarkeit ganz dem Wesensbegriff der Theilbarkeit überhaupt entspreche, daß die Zerlegung in ungleiche Theile schon logisch betrachtet eine nur uneigentliche Theilung sein würde. Eine bloße, reine und insofern eigentliche Theilung sei nur die rein arithmetische Theilung, bei der das Ganze in kleinere, durchweg mit dem alten Ganzen gleichartige neue Ganze zerlegt wird.

Diese Sätze enthalten vielleicht den wichtigsten, folgenschwersten Irrthum der ganzen Scheurl'schen Darstellung. Es ist unrichtig, daß es einen Wesensbegriff der Theilbarkeit überhaupt giebt, daß sich, logisch betrachtet, die Theilung in eigentliche, bloße, reine und uneigentliche Theilung spaltet. Es ist allerdings richtig, daß der Theilungsbegriff in den einfachsten Elementen unserer Vorstellungen, Raum, Zeit, Zahl, seine Wurzel hat und daß er von hier aus allmählich auf andere Verhältnisse ausgedehnt worden ist. Aber daß sich nun innerhalb dieser Ausdehnung auf logischem Weg ein

eigentlicher Theilungsbegriff oder ein Wesensbegriff der Theilung abgrenzen ließe, ist zu bestreiten. Man kann die historische Entwicklung des Theilungsbegriffs im menschlichen Denken verfolgen und so eine ursprüngliche und eine abgeleitete oder übertragene Bedeutung desselben unterscheiden, man kann auf Grund eines gegebenen Sprachgebrauchs den Theilungsbegriff abzugrenzen suchen, man kann endlich mit Rücksicht auf praktische Zwecke, z. B. auf die Verwendung des Begriffs in der Jurisprudenz, eine bestimmte Abgrenzung des Begriffs vorschlagen, aber abgesehen von diesen Betrachtungen läßt sich nicht feststellen, worin der Wesensbegriff der Theilung besteht. (Gegen die hier bekämpfte Auffassung auch Bekker, Pandekten S. 100.)

Die principielle Unhaltbarkeit des Standpunkts, den Scheurl einnimmt, tritt vielleicht noch deutlicher hervor, wenn auf das Detail eingegangen wird. Der wesentliche Unterschied zwischen dem Ganzen und seinen Theilen bestehe, so führt Scheurl aus, in dem Größenunterschied, das Ganze sei nothwendig größer als seine Theile; zwischen den Theilen können allerdings auch weitere Unterschiede vorhanden sein, dieselben seien aber nur zufällig, unwesentlich. Deshalb sei Theil im eigentlichsten Sinn nur, was mit dem Ganzen vollkommen gleichartig sei (Scheurl, S. 4 u. 5). Wenn man einmal die ganze Art der Argumentation als zulässig betrachten will, so scheint mir doch aus den angeführten Aeußerungen viel eher das Gegentheil von dem zu folgen, was Scheurl aus denselben ableitet. Wenn zwischen den Theilen andere als Größenunterschiede möglich sind, dieselben aber als zufällig oder unwesentlich erscheinen, so dürfte wohl der Gedanke am nächsten liegen, daß es bei der Theilung auf die weiteren Unterschiede der Theile nicht ankommt, und daß wir von Theilung reden können, mögen die Theile vollständig gleich sein oder nicht.

Eine andere Rechtfertigung des aufgestellten Theilungsbegriffs, die Scheurl giebt, ist folgende (S. 6). Wenn die Theilung außer der Aufhebung des vorhandenen Zusammenhangs noch etwas weiteres bewirkt, so ist sie eben, soweit sie das thut, nicht Theilung, sondern etwas anderes. Dies ist nun der Fall, wenn die Theilung zu verschiedenartigen Theilen führt, denn die Theilung bewirkt ja dann eben die Ungleichartigkeit der Theile und ist deshalb nicht reine, eigentliche Theilung.

Diese Ausführung findet ihre Widerlegung in dem, was Scheurl selbst auf der vorhergehenden Seite ausgeführt hat. Es wird hier nämlich eingehend dargethan, woran wohl niemand zweifeln wird, daß bei einer Theilung die Theile nicht erst entstehen, sondern daß sie vorher im Ganzen enthalten sind und nur aus diesem ausgeschieden werden. Wenn aber die einzelnen Theile schon vor der Theilung im Ganzen bestehen, so haben sie auch schon vorher im Ganzen ihre Eigenschaften, und wenn nun durch die Trennung verschiedenartige Theile entstehen, so wird die Verschiedenheit nicht jetzt geschaffen, sondern sie ist schon vorher vorhanden gewesen. Es ist deshalb auch die Behauptung unhaltbar, daß die Theilung in verschiedenartige Theile keine wahre Theilung sei, weil sie die Verschiedenartigkeit der Theile herbeiführe.

Scheurl beruft sich für seinen Theilungsbegriff auch auf den Sprachgebrauch, sowohl auf den deutschen als auf den der Quellen. Im Deutschen wende man lieber die Ausdrücke Glieder, Stücke, Bestandtheile, Abtheilungen als Theile an, wenn sich die Theile vom Ganzen anders als durch ihre Größe unterscheiden. Also wenn Goethe hätte korrekt reden wollen, so hätte er sagen müssen: Faust, der Tragödie zweiter Bestandtheil. Eine weitere Widerlegung scheint mir diese Behauptung nicht zu erfordern.

Wie sehr übrigens der enge Theilungsbegriff Scheurl's dem Sprachgefühl und der gewöhnlichen Auffassung widerspricht, dürfte auch daraus hervorgehen, daß Scheurl mitten in der Begründung seines Theilungsbegriffs die Zerlegung eines Grundstücks durch Grenzziehung als Beispiel der Theilung anführt (S. 5), obgleich hier durch die Zerlegung keine vollständig gleichen Theile entstehen können, mithin nach Scheurl eine eigentliche Theilung gar nicht vorliegt.

Was die Bedeutung der Ausdrücke dividere und pars in den Quellen betrifft, so zeigt der Name actio communi dividundo unzweifelhaft, daß das dividere auf Zerlegen in ungleiche Theile bezogen wird. Denn um ein solches handelt es sich im Theilungsproceß; zu dem Zerlegen in gleiche Theile bedarf man nicht der Unterstützung durch den Theilungsrichter.

Für das andere Wort pars kommt in erster Linie die L. 25 § 1 D. 50, 16 in Betracht, welche sagt, daß der Ausdruck pars sowohl die pars pro indiviso als die pars pro diviso bezeichne. Die Wendung, quod pro diviso nostrum est, deutet auf den durch Grenzziehung gebildeten Theil eines Grundstücks hin, der den andern Theilen nicht vollständig gleich sein kann. Es ist also hier ausdrücklich die Verwendung des Wortes pars auf einen Theil anerkannt, der sich von dem Ganzen anders als durch die Größe unterscheidet.

Der Nachweis, daß das Wort pars ganz ebenso wie unser Wort Theil sowohl für vollständig gleiche als ungleiche Theile verwendet wird, ist aber auch, abgesehen von dieser Legaldefinition, leicht zu führen. Gallia est omnis divisa in partes tres, so beginnt Cäsars bellum Gallicum. Partes autem formularum praecipuae hae sunt. Pars aliqua inde sumebatur, deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio. In diesen, jedem Juristen bekannten Stellen bedeutet pars zweifellos nicht gleichen Theil.

Diesem Material gegenüber, das sich unter Verwendung von Dirksen noch beliebig vermehren ließe, würde es für die Feststellung des allgemeinen Sprachgebrauchs nicht schwer ins Gewicht fallen, wenn in einem einzelnen Fall ein römischer Jurist das Wort pars in dem engeren Sinn von Scheurl verwendet.

Aber in den von Scheurl angeführten Stellen, L. 13 § 2 D. de acceptilatione 46, 4, L. 36 D. de evictionibus 21, 2, ist der Gedanke, daß das Wort pars nur auf Zerlegung in gleiche Theile zu beziehen sei, nicht ausgesprochen. Mit dem darauf folgenden Paragraphen, der nicht unbeachtet bleiben darf, lautet die erstere Stelle:

Ulpianus. Illud certum est eum, qui fundum stipulatus usumfructum vel viam accepto facit, in ea esse causa, ut acceptilatio non valeat: qui enim accepto facit, vel totum vel partem ejus, quod stipulatus est, debet accepto facere, hae autem partes non sunt, non magis quam si quis domum stipulatus accepto ferat caementa vel fenestras vel parietem vel diaetam. § 3. Si quis usumfructum stipulatus usum accepto tulerit, si quidem sic tulerit acceptum quasi usu debito, liberatio non continget: si vero quasi ex usufructu, cum possit usus sine fructu constitui, dicendum est acceptilationem valere.

Scheurl denkt sich vermuthlich den Gedankengang Ulpians in § 2 folgendermaßen. Die Acceptilatio kann sich nur auf das Ganze oder eine dem Ganzen gleichartige pars beziehen, Servituten, Fenster &c. sind aber dem versprochenen Ganzen, Grundstück, Haus nicht gleichartig, also ist die Acceptilatio in diesem Fall nichtig. Wenn aber das die Meinung Ulpians gewesen wäre, so hätte er unmöglich in dem folgenden Paragraphen den Satz aufstellen können, daß

beim Versprechen eines Usufruktus die Acceptilatio auf den Usus gerichtet werden könne, denn hier handelt es sich auch nicht um gleichartige Theile. Die Stelle ist deshalb für Scheurl nicht beweisend. Ich vermuthe, daß der eigentliche Entscheidungsgrund des Juristen, der allerdings nicht deutlich zum Ausdruck gekommen ist, darin liegt, daß die Acceptilatio sich entweder auf die ganze Leistung oder auf solche Theilleistungen beziehen muß, die an sich möglich sind und die durch Summirung mit andern Leistungen zu einer Befriedigung des Gläubigers führen. Zu vergl. L. 16 D. 46, 4, velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est. Ein Fenster, eine Wand eines Hauses kann nicht für sich allein tradirt werden, durch Summirung einzelner Servituten entsteht nicht das Eigenthum an der Sache, und deshalb ist hier auch die Acceptilatio unzuläßig, während sich das in Bezug auf ususfructus und usus anders verhält.

Die zweite von Scheurl angeführte Stelle ist die L. 36 D. 21, 2. Sie lautet:

Paulus. Nave aut domu empta singula caementa vel tabulae emptae non intelleguntur ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor quasi evicta parte.

Der Entscheidungsgrund der Stelle ist der, daß die einzelnen Baumaterialien nicht gekauft seien, und deshalb sei die Klage wegen theilweiser Eviktion versagt. Der Gedanke, daß die caementa oder tabulae nicht eine pars des Schiffes oder Hauses bilden, ist hier nicht ausgesprochen.

Das Resultat der vorstehenden Erörterungen ist, daß der gewöhnliche Sprachgebrauch sowohl im Deutschen wie im Lateinischen nichts von dem eingeschränkten Sprachgebrauch weiß, mit dem Scheurl operirt, und daß die Ausführungen, durch die er einen an sich gegebenen richtigen Theilungsbegriff aufzustellen sucht, auch im Einzelnen unrichtig sind. Der letztere

Nachweis wird allerdings nur für Denjenigen Werth haben, der nicht von vorn herein von der Unzulässigkeit derartiger Behauptungen überzeugt ist.

Zum Schluß ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß Scheurl zu Eingang seiner Erörterungen nicht bloß den Begriff der Theilung, sondern auch den der Theilbarkeit der Rechte fixirt und damit die spätere Untersuchung in noch weiterem Umfang bindet, als dies durch eine ausschließliche Fixirung des Theilungsbegriffs geschehen würde. Wenn die Theilung, mag man ihren Begriff fassen, wie man will, beim Vorhandensein der auf sie hinweisenden Voraussetzungen überall Platz greift, wo sie möglich ist, so wird es keinen Unterschied machen, ob man einen Begriff der Theilung oder einen solchen der Theilbarkeit aufstellt. Wenn man aber, von einem bestimmten Begriff der Theilung ausgehend, sofort eine die folgende Untersuchung bindende Definition der Theilbarkeit der Rechte aufstellt, so nimmt man sich die Möglichkeit der Annahme, daß die Rechtsordnung in einzelnen Fällen die an sich mögliche Theilung aus besondern Gründen nicht zuläßt.

Die meines Erachtens unzulässige Methode Scheurl's hat leider äußerlich einige Aehnlichkeit mit der Darstellung, die ich in meiner Theilung der Rechte gewählt habe, und ich möchte deshalb den innern Unterschied beider deutlich hervorheben. Auch meine Darstellung beginnt mit Erörterungen über den Theilungsbegriff und gelangt zu einer Begriffsbestimmung und zur Hervorhebung verschiedener Eintheilungen. Während aber die Definition von Scheurl schon Behauptungen über juristische Verhältnisse enthält und die Hauptgrundlage der folgenden Darstellung bildet, so daß die Sätze der einzelnen Lehren darin ihre Erklärung finden müssen, daß sie auf den in der vorangeschickten Definition enthaltenen Lehrsatz zurückgeführt werden, stellen bei mir die einleitenden Para-

graphen feste Behauptungen nur über die Verwendung des Theilungsbegriffs auf nicht juristischem Gebiet auf, was allerdings in der Erwartung geschieht, daß die Jurisprudenz sich in der Verwendung der Theilung an die sonstige Bedeutung derselben anlehnen werde. Wenn dann verschiedene Arten der Theilung gegen einander abgegrenzt werden, so wird ausdrücklich bemerkt (S. 34), daß an dieser Stelle nur die Eintheilung gemacht, der Nachweis ihrer Verwendbarkeit aber erst durch die folgende Detaildarstellung erbracht werde. Es ist deshalb zunächst nur die Anforderung an die betreffenden Begriffe zu stellen, daß sie deutlich und scharf abgegrenzt hervortreten, und das scheint bei den von mir aufgestellten Begriffen der Fall zu sein, wenigstens sind dieselben in allen Besprechungen, auch in der von Scheurl, so aufgefaßt worden, wie ich sie aufgefaßt wissen will.

In dieser Richtung muß ich nun auch hervorheben, daß ich in dem Paragraphen, der von der Theilung der Rechte handelt, in erster Linie festzustellen gesucht habe, welchen Sinn die Frage hat, ob eine Theilung eines Rechts anzunehmen sei und welche Bedeutung der entsprechenden Feststellung zukomme. Bei dieser Erörterung ergiebt sich, daß, wenn die Rechtsordnung an einer Stelle Theilung eines Rechtes annimmt, nun weiter gefragt werden muß, ob nun auch andere Erscheinungen unter den einmal gebildeten Begriff der Theilung eines Rechtes fallen. Mit Rücksicht auf diese Fragestellung, die bei der Behandlung der einzelnen Lehren nicht zu umgehen ist, wird dann der einfache und unbestrittene Fall der Theilung eines Forderungsrechts genauer betrachtet und festgestellt, in welchem Sinn hier von einer Theilung des Rechts gesprochen werden kann. Da ich die übliche Reihenfolge der Materien, Eigenthum, Servitut, Forderungsrecht, beizubehalten wünschte, so mußte diese Bemerkung vorausgeschickt werden, während sie

wohl hätte umgangen werden können, wenn die Darstellung mit dem Forderungsrecht begonnen hätte.

Wenn ich im Bisherigen die Versuche, den Begriff der Theilung der Rechte ohne Eingehen auf die einzelnen Lehren festzustellen, angegriffen habe, so erscheint es mir ebenso unthunlich, a priori, d. h. ohne Berücksichtigung des Details, eine Polemik gegen aufgestellte Begriffe und Eintheilungen zu führen. Es mag zum Beweise dessen noch auf die Kritik von Krasnopolski eingegangen werden.

Die wichtigste Ausführung von Krasnopolski ist wohl die, mit welcher er sich gegen die Größenbestimmung durch Theilung wendet. Ich gebrauche diesen Ausdruck für die Fälle, in denen zuerst das Größenverhältniß, in dem die Theile stehen sollen, angegeben und dann durch Durchführung der Theilung die Größe der einzelnen Theile bestimmt wird (S. 13). Krasnopolski erkennt diesen Proceß als vorkommend an, glaubt aber dessen Verallgemeinerung bestreiten zu sollen (S. 503). Wenn ein Grundstück durch Grenzziehung in einem bestimmten Verhältniß getheilt werde, so entstehen zwei Grundstücke, die selbständige Rechtsobjekte bilden; nicht Größenbestimmung, sondern Herstellung selbständiger Sachindividuen sei das Ziel der Theilung. Meines Erachtens ist die hierin liegende Vorstellung, daß entweder das eine oder andere vorliegen müsse, unrichtig. Durch die Grenzziehung entstehen allerdings selbständige Sachindividuen, aber zugleich wird auch deren Größe bestimmt, fixirt. Daß ich nun eben das Letztere betone und mit Rücksicht darauf den Begriff der Größenbestimmung durch Theilung bilde, hat darin seinen Grund, daß sich unter denselben andere juristisch relevante Vorgänge subsumiren lassen. Wenn eine Zahl durch Durchführung der Theilung nach einem angegebenen Maßstab, d. h. durch Ausführung der Rechnung getheilt wird, so werden dabei keine selbständigen Sachindividuen

geschaffen, der Vorgang läßt sich aber mit dem der Grenzziehung unter den Begriff der Größenbestimmung durch Theilung bringen, den ich für werthvoll halte.

Anmerkung: Außerdem glaube ich auf einige Einwendungen Krasnopolski's erwidern zu sollen, welche sich auch auf die Begriffsbildung, aber mehr auf das Detail der Darstellung beziehen. Er sagt (S. 506): „Meines Erachtens widersprechen sich die zwei Sätze: „Theilung des Rechts bezieht sich auf die Ausübung" — und hat „Theilung der Ausübung zur Folge" — dort ist Theilung der Ausübung die Theilung des Rechts, hier eine Folge derselben." Und weiter soll dann damit noch im Widerspruch stehen, daß die Theilung auf den Gegenstand der Leistung bezogen wird. Meines Erachtens ist es nun zunächst Geschmacksache, ob man von einem Schriftsteller überall vollste Genauigkeit des Ausdrucks verlangen will, auch da, wo dieselbe für den Gang der Untersuchung und die Resultate derselben ohne irgend welchen Einfluß ist. Ich habe eine solche Präcision durchaus nicht angestrebt, und es mag wohl sein, daß mir derartige Inkorrektheiten nachgewiesen werden können. Wenn man aber einmal auf die angefochtenen Stellen genauer eingehen will, so glaube ich nicht, daß die Ausstellungen Krasnopolski's begründet sind. Das Wort beziehen deutet ja nur auf einen Zusammenhang irgend welcher Art hin, und die beiden Sätze, daß die Theilung sich auf die Ausübung bezieht und die Theilung der Ausübung zur Folge hat, sind sehr wohl vereinbar. Es ist unzulässig, wenn Krasnopolski, um den Widerspruch herauszubringen, an Stelle des Wortes „beziehen" das Wort „sein" setzt, indem er sagt: „dort ist Theilung der Ausübung Theilung des Rechts, hier eine Folge derselben."

Bei der Frage, ob ein juristischer Vorgang unter den nicht juristischen Begriff der Theilung falle, unterscheide ich zwischen einem engeren und weiteren Begriff der Theilung und verstehe unter ersterem die Theilung, die bei Zeit, Zahl und Raumgrößen vorkommt, unter letzterem jede Zerlegung dessen, was früher als Einheit gedacht worden ist, so daß auch die Zerlegung eines Begriffs in seine Theilbegriffe darunter fällt. Ich führe diesen weiteren Begriff der Theilung zuerst S. 26 an und verwende ihn wieder S. 29, wo ich die Definition wiederhole. Wenn mir nun ein Recensent einwenden würde, daß diese Wiederholung überflüssig sei, so wüßte ich kaum etwas zu entgegnen. Merkwürdiger Weise macht aber Krasnopolski gerade die entgegengesetzte Ausstellung, was mir nicht ganz gerechtfertigt zu sein scheint. Er sagt nämlich Folgendes (S. 505): „Ich will nicht untersuchen, ob ein weiterer und ein engerer Begriff der

Theilung angenommen werden darf. Gewiß ist der logische und psychologische Vorgang bei der Zerlegung eines Begriffs ein ganz anderer als bei der Raum-, Zeit- und Zahltheilung. Um so dringender erscheint es nun aber, überall, wo der Verfasser von Theilung eines Rechtes spricht, zu untersuchen, in welchem Sinn er den Ausdruck nimmt. Statt dessen operirt der Verfasser bald mit der einen, bald mit der andern Bedeutung."

Auch bei Krasnopolski's sonstigen Versuchen, mir kleine Inkorrektheiten nachzuweisen, will es mir nicht gelingen, mich von der Richtigkeit des Tadels zu überzeugen. Wenn ich Größenbestimmung durch Theilung und sonstige Theilung unterscheide, so sei das nicht logisch, es handle sich nicht um Arten einer Gattung, sondern um einen engeren und weiteren Begriff (S. 507). Da aber sonstige Theilung doch jede Theilung ist, die nicht Größenbestimmung durch Theilung ist, so scheint mir zweifellos eine Koordination, keine Subordination vorhanden zu sein. Wenn endlich Krasnopolski sagt (S. 507): „Ich verstehe nicht, wie von Theilnng von Forderungsrechten gesprochen und dann fortgefahren wird: wenn auf juristischem Gebiet u. s. w. Ist denn die Theilung der Forderungsrechte keine Theilung auf juristischem Gebiet?" so ist mir die Bemängelung dieses einfachen Gedankengangs, den man als Verallgemeinerung zu bezeichnen pflegt, nicht recht verständlich.

III.

Die von mir in der Lehre vom Miteigenthum angewandte Methode, daß zunächst die Detailsätze festgestellt und erst auf der so gewonnenen Grundlage die allgemeinen Fragen besprochen werden, dürfte vielleicht durch die vorstehenden Erörterungen eine weitere Unterstützung erhalten haben. In Anwendung derselben ist deshalb auch angezeigt, einen Angriff zurückzuweisen, der gegen eine von mir getroffene, mit principiellen Fragen zusammenhängende Detailentscheidung gerichtet ist, bevor ich auf die Theilungsverhältnisse beim Miteigenthum eingehe.

Ich habe mich der Ansicht angeschlossen, daß die actio communi dividundo auch zur Regulirung der Gemeinschaft während ihres Bestehens, also namentlich dazu verwendet

werden kann, dem einzelnen Miteigenthümer einen seiner Berechtigung entsprechenden Gebrauch der Sache zu verschaffen. Ausführlichen Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht habe ich nicht angetreten, sondern nur auf Windscheid (Pandekten § 449, N. 4) verwiesen, da mir die Sache ziemlich zweifellos zu sein schien. Gegen diese, neuerdings auch vom Reichsgericht (B. 12 S. 193) gebilligte Ansicht hat Ubbelohde Einwendungen erhoben (S. 796). Es ist nun allerdings richtig, daß diese Funktion der Klage direkt in den Quellen nicht anerkannt ist. Die Regulirung der Gemeinschaft wird ohne weiteres nur beim Ususfruktus in das judicium divisorium verwiesen, während beim Miteigenthum die Verwendung der actio communi dividundo in dieser Richtung nicht principiell, sondern nur für besondere Fälle anerkannt ist, nämlich wenn es sich um Aufrechterhaltung einer getroffenen Vereinbarung oder um eine nothwendige Maßregel oder um die Verhinderung oder Beseitigung einer Anlage handelt, zu der ein Miteigenthümer allein nicht befugt ist:

L. 13 § 3 D. 7, 1.
L. 12 L. 23 D. 10, 3.
L. 26 D. 8, 2.
L. 4 D. 33, 3.
L. 3 § 1, 2 D. 39, 1.

Daß die actio communi dividundo zur Regulirung der bestehenden Gemeinschaft in gewissem Umfange verwendet werden kann, ist nach den angeführten Quellenstellen nicht zu bestreiten, und Windscheid hat in diesem Sinn jedenfalls Recht, wenn er sagt, daß diese Richtung der actio communi dividundo in den Quellen so bestimmt anerkannt sei, wie irgend etwas. Es ist aber auch kein Grund einzusehen, weshalb die actio communi dividundo auf die in den Quellen genannten Fälle beschränkt und nicht ganz allgemein wie

beim Usufruktus zur Regulirung der Gemeinschaft, zur Beantwortung der Frage, qualiter fruantur (L. 13 § 3 D. 7, 1) zugelassen werden soll. Wenn der Gedanke ausschlaggebend wäre, daß der Theilungsrichter sich bei der Regulirung des Gebrauchs vergeblich bemühe, da die Parteien durch definitive Aufhebung der Gemeinschaft die vom Theilungsrichter hergestellte Ordnung jederzeit beseitigen können, so würde derselbe auch gegen die in den citirten Stellen getroffenen Entscheidungen sprechen. Wenn ferner die Regulirung des Gebrauchs im Theilungsproceß beim Usufruktus nur deshalb zugelassen sein soll, weil hier die definitive Auseinandersetzung ganz ausgeschlossen ist — ein Gedanke, den auch das Reichsgericht zu billigen scheint — so wird dabei meines Erachtens übersehen, daß die Ausübung des Usufruktus verkauft und dadurch eine definitive Aufhebung der Gemeinschaft herbeigeführt werden kann. Die Analogie der L. 13 § 3 D. 7, 1 wird deshalb für das Miteigenthum nicht abgelehnt werden können.

Das Reichsgericht hat sich, wie schon erwähnt, für die hier vertheidigte Ansicht ausgesprochen, ich vermag jedoch seine Gründe nicht als beweiskräftig anzuerkennen. Es könne, sagt das Reichsgericht, vorkommen, daß die Parteien im Lauf des Theilungsprocesses darüber einig werden, daß von dem zum Zweck der definitiven Auseinandersetzung vorzunehmenden Verkauf vorläufig abgesehen werden und nur eine richterliche Regulirung der gemeinschaftlichen Nutzung stattfinden solle. Da der Theilungsrichter an den übereinstimmenden Parteiwillen gebunden sei, so habe er darauf einzugehen, und dann müsse ebenso auch dem einseitigen Klagantrag einer Partei auf Regulirung der Gemeinschaft stattgegeben werden. Vielleicht könnte auch der letztere Schluß zu beanstanden sein, jedenfalls scheint mir aber der Einwand begründet, daß der Theilungsrichter doch

nur innerhalb seiner richterlichen Aufgabe an den Parteiwillen gebunden ist. Wenn der Richter sich nur mit der Aufhebung der Gemeinschaft, nicht mit deren Regulirung zu befassen hat, so wird er die Erklärung der Parteien, daß vorläufig eine Aufhebung der Gemeinschaft nicht stattfinden solle, als eine Zurücknahme der Klage aufzufassen und die Bitte um Gebrauchsregulirung mit der Bemerkung zurückzuweisen haben, daß das nicht seines Amtes sei. Die Argumentation des Reichsgerichts setzt den zu beweisenden Satz als richtig voraus und ist deshalb nicht beweiskräftig.

Wenn die Verwendung der actio communi dividundo zur Regulirung des Gebrauchs feststeht, so ergiebt sich daraus wohl auch die Richtigkeit des von Ubbelohde angefochtenen Satzes (S. 793), daß ‚der Miteigenthümer die zum vernünftigen und angemessenen Gebrauch der Sache nöthigen Veränderungen erzwingen kann, denn daß der Theilungsrichter entsprechende Verfügungen treffen kann, ergiebt sich schon aus der freien Stellung, die ihm zukommt. Und was hätte es für einen Sinn, wenn der Theilungsrichter eine bestimmte Art des Gebrauchs anordnen, der einzelne Miteigenthümer aber das richterliche Urtheil wieder dadurch beseitigen könnte, daß er gegen die zur Durchführung desselben nöthigen Veränderungen der Sache Einspruch erhebt. Die L. 12 D. 10, 3 erkennt an, daß mit der actio communi dividundo auf Veränderung der Sache geklagt werden kann, und weshalb sollte dann gerade hier die freie Stellung des Theilungsrichters aufgehoben sein? Und sollten die Worte der Stelle reficere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit nicht so aufgefaßt werden können, daß sie auch auf eine zum vernünftigen Gebrauch nothwendige Veränderung bezogen werden? Wenn Ubbelohde in der von mir vertheidigten Annahme eine unausstehliche Bevormundung des Miteigenthümers erblickt, so ist es schon an sich

fraglich, ob diese Bezeichnung auf die Unterwerfung unter das freie Ermessen des Theilungsrichters paßt, jedenfalls wird sie unzutreffend, sobald man die vorhandene Möglichkeit beachtet, sich durch Aufhebung der Gemeinschaft den Verfügungen des Theilungsrichters zu entziehen.

Der besprochene Rechtssatz hat wohl praktische Bedeutung dagegen ist er in Bezug auf die allgemeine Formulirung, namentlich in Bezug auf die Frage, in welchem Umfang eine Theilung stattfindet, nicht von großer Wichtigkeit. Wenn auch angenommen wird, daß sich der Theilungsrichter nicht mit der Gebrauchsregulirung zu befassen habe, so muß doch eine Auseinandersetzung zwischen den Miteigenthümern nothwendig stattfinden, sofern sie Miteigenthümer bleiben wollen und es sich nicht um eine unbegrenzte Gebrauchsmöglichkeit handelt (S. 45). Wie soll es denn anders gemacht werden, wenn mehrere Personen Miteigenthümer eines Hauses oder Reitpferdes sind? Wenn die Rechtsordnung Miteigenthum statuirt, so sagt sie damit nothwendig zu den Betheiligten, solange ihr Miteigenthümer bleiben wollt, müßt ihr euch über den Gebrauch nach dem Verhältniß eurer Miteigenthumsquoten auseinandersetzen, d. h. ihr müßt den Gebrauch theilen. Fraglich ist nur, ob sie für den Fall, daß die Auseinandersetzung nicht gelingt, hinzufügt: dann mag euch der Theilungsrichter helfen, oder aber: dann hebt die Gemeinschaft auf.

Eine weitere Detailfrage, der vielfach eine principielle Bedeutung beigelegt wird, ist die Accrescenz im Fall der Dereliktion. Da meine Behauptungen in Bezug auf diesen Punkt auf Widerspruch gestoßen sind, so muß ich auf diese Frage genauer eingehen. Ich habe mir dieselbe besonders eingehend überlegt, da auch Ubbelohde's klares und scharfes Urtheil auf einer der meinigen entgegengesetzten Auffassung beharrt, ich muß jedoch meine bisherige Ansicht aufrecht erhalten.

Ubbelohde und Scheurl stimmen mit mir in der Annahme der Accrescenz überein. Während ich jedoch dieselbe auf die Bestimmung stütze, daß bei der feierlichen Freilassung eines im Miteigenthum stehenden Sklaven durch einen Miteigenthümer Accrescenz eintritt, und außerdem nur noch anerkenne, daß die Accrescenz de lege ferenda den Vorzug vor der entgegengesetzten Behandlung verdient, will Ubbelohde von einer principiellen Auffassung aus zu der Accrescenz gelangen (S. 798), und ähnlich bezeichnet Scheurl (S. 529) die Accrescenz als die nothwendige und vollkommen selbstverständliche Folge der beim Miteigenthum vorhandenen Rechtsgemeinschaft.

Ich muß diesen Behauptungen gegenüber auf meiner Ansicht beharren, daß die Accrescenz nicht irgendwie aus allgemeinen Prinzipien oder Definitionen abgeleitet werden kann. Wenn von der Nothwendigkeit der Accrescenz im Fall der Dereliktion gesprochen oder gar dieselbe aus dem Wesen, der Natur des Miteigenthums gefolgert wird, so muß meines Erachtens darauf bestanden werden, daß die Art dieser Nothwendigkeit genau angegeben wird. Ich gebe nun an sich die Möglichkeit zu, daß aus andern für das Miteigenthum geltenden Sätzen die Accrescenz als Konsequenz abgeleitet werden kann, und ich würde in einem solchen Fall auch die Wendung, daß sich die Accrescenz aus dem Wesen des Miteigenthums ergebe, unter Umständen als gerechtfertigt anerkennen; aber ich kann nicht finden, daß eine derartige Ableitung irgendwie gelungen ist. Ich räume ferner ein, daß die Theilung in einer Form angeordnet sein kann, daß aus derselben der auf die Accrescenz gerichtete Wille des Gesetzgebers erschlossen werden kann; ich habe in meiner Theilung ausgeführt (S. 96), daß jede Wendung, die dem Miteigenthümer volles, ungetheiltes Eigenthum an der Sache zuschreibt, die Accrescenz anordnet,

ja nichts anderes ist als ein unglücklicher, undeutlicher Ausdruck für dieselbe, aber ich kann einen solchen nicht in den Quellen finden. Ubbelohde sagt: „Es scheint petitio principii, daß zu dem Miteigenthümer zunächst nur gesagt sei: du sollst einen Theil bekommen. Sollte ihm nicht vielmehr gesagt sein: du bekommst das Eigenthum der Sache; da jedoch eine Mehrzahl von Subjekten dieses Eigenthums vorhanden ist, so wirst du eben durch deren Konkurrenz beschränkt, so lange, bis dieselbe etwa aufhört." Wenn es sich hier um eine petitio principii handelt, so dürfte sie vielleicht eher auf der Seite Ubbelohde's liegen. Denn die angeführten Worte Ubbelohde's lassen sich dahin auffassen, wenn dies auch nicht unzweifelhaft ausgesprochen ist, daß sich a priori entscheiden lasse, ob das eine oder andere gesagt sei. Das ist aber nicht der Fall, sondern es handelt sich zunächst um eine Quellenfrage. Wenn jedoch anerkannt wird, daß zweifellos redende Stellen nicht vorhanden sind, und dann gefragt wird, ob die eine oder andere Formulirung die richtige sei, so ist das meines Erachtens eine unrichtige Fragestellung; denn da sich die beiden Formulirungen nur bezüglich der Accrescenz unterscheiden, so muß man zunächst wissen, wie der Gesetzgeber sich zur Accrescenz verhält, um die seinem vermuthlichen Willen entsprechende Formulirung zu finden. Der Gesetzgeber will im Zweifel nicht zunächst allgemeine, möglichst abstrakt gefaßte Sätze, aus denen er die Konsequenzen erst ableitet, sondern er will die praktisch greifbaren Resultate, er will die Accrescenz oder er will sie nicht, und darnach sind erst die allgemeinen Sätze zu formuliren, sofern sie im konkreten Fall einen Werth haben.

Daß de lege ferenda mehr Gründe für die Accrescenz als gegen dieselbe sprechen, wird wohl richtig sein, und deshalb würden wir auch bei dem Fehlen von Quellenentschei-

dungen schließlich dieselbe annehmen müssen. Aber bevor die Frage in dieser Weise gelöst wird, ist doch zuzusehen, ob nicht Quellenstellen da sind, an die sich eine Entscheidung anknüpfen läßt, und das scheint mir bei der Statuirung der Accrescenz beim Sklaven der Fall zu sein. Den Betrachtungen Scheurl's auf S. 26 kann ich mich in gewissem Umfang anschließen. Er sagt, daß der einzige Grund der Theilung der sei, daß durch dieselbe die Rechtssphäre des einzelnen Miteigenthümers zu Gunsten der andern eingeschränkt werde. Nun wird zwar dieser Gedanke im römischen Recht nicht ganz streng durchgeführt, denn aus demselben würde sich ergeben, daß jeder Miteigenthümer als Alleineigenthümer behandelt wird, sofern es nur die Rücksicht auf die andern Miteigenthümer zuläßt. Daß dies nicht geschieht, glaube ich in meiner Theilung (§ 6) nachgewiesen zu haben. Aber immerhin läßt sich die Scheurlsche Auffassung für die Accrescenz anführen; nur darf meines Erachtens auf sie nicht in erster Linie rekurrirt werden, und es erscheint mir inkorrekt, aus einer derartigen Betrachtung eine Nothwendigkeit ableiten zu wollen.

Eine andere legislatorische Erwägung, die sich bei Scheurl (S. 530) findet, glaube ich dagegen als unrichtig bezeichnen zu müssen. Scheurl sagt: da eine Occupation einer pars derelicta immer nur etwas Zufälliges wäre, so würde sich aus der Ablehnung der Accrescenz die für den gesunden Menschenverstand unerträgliche Folge ergeben, daß das Miteigenthum nie wieder in Alleineigenthum übergehen könnte. Selbstverständlich ist hier zunächst das Wort „nie" unhaltbar. Wenn die Occupation etwas Zufälliges ist, so kann doch höchstens gesagt werden, daß das Miteigenthum häufig nicht wiederhergestellt werde. Ob das unerträglich wäre, kann dahingestellt bleiben, denn die Grundlage der ganzen Behauptung ist unhaltbar. Der zurückbleibende Miteigenthümer

scheint mir nämlich so sehr der gegebene Occupant zu sein, daß die Occupation durchaus nicht als etwas Zufälliges, sondern vielmehr als etwas sehr Naheliegendes zu bezeichnen ist. Mit Rücksicht darauf scheint mir auch die ganze Frage, ob Accrescenz stattfindet oder nicht, noch erheblich an Bedeutung zu verlieren.

Wenn ich nun zu der Frage nach der Theilung beim Miteigenthum übergehe, so glaube ich zunächst die Behauptung, daß sich eine zusammenfassende Formulirung der für das Miteigenthum geltenden Regeln nicht, auch nicht durch Vermittlung des Theilungsbegriffs aufstellen lasse, in vollem Umfang aufrecht erhalten zu sollen. Es tritt in einzelnen Beziehungen Theilung ein, in andern nicht, außerdem finden beim Uebergang vom Alleineigenthum zum Miteigenthum Veränderungen statt, die sich weder durch Annahme noch durch Verneinung der Theilung korrekt ausdrücken lassen (S. 74). Mit dem, was Ubbelohde (S. 799) in Bezug auf die allgemeine Formulirung vorbringt, kann ich mich der Hauptsache nach einverstanden erklären. Nach ihm soll der Theilungsbegriff die durchgreifende Regel des Miteigenthums nicht unzutreffend bezeichnen. Soweit nämlich der Inhalt der im Eigenthum liegenden Befugnisse, wie der aus ihm entspringenden Ansprüche, Lasten und Verpflichtungen eine nach Größenverhältniß bestimmbare Konkurrenz der Miteigenthümer zuläßt, trete eine Theilung regelmäßig wirklich ein. Eine Ausnahme finde nur bei der actio noxalis statt. Ich bin damit, daß die Theilung, sofern sie möglich ist, regelmäßig eintritt, einverstanden und möchte nur folgende zwei Bemerkungen hinzufügen. Einmal kann ich nicht zugeben, daß die actio noxalis die einzige Ausnahme bildet. In den Bestimmungen, daß die missio ex secundo decreto bei mehreren Miteigenthümern zu Kopftheilen und nicht im Verhältniß der Mit-

eigenthumsquoten erfolgt, daß mehrere Miteigenthümer des Sklaven, sofern sie überhaupt ein **peculium** eingeräumt haben, **in solidum** haften, liegen weitere Ausnahmen von dem angeführten Princip. Ob und wie die betreffenden Bestimmungen zu rechtfertigen sind, ist natürlich für die Frage, ob eine Ausnahme stattfindet, irrelevant; für die Bejahung derselben genügt es, daß die Theilung möglich ist, und das wird in den angeführten Fällen nicht in Abrede gestellt werden können. Wenn Ubbelohde speciell in Bezug auf die Behandlung der **actio de peculio** die Unterscheidung empfiehlt, ob der Verpflichtungsgrund schlechthin im Eigenthum als solchem liege, oder ob zu dem Eigenthum noch ein weiterer Umstand erfordert werde, so ist darauf zu erwidern, daß zu dem Eigenthum stets weitere Umstände hinzutreten müssen, damit für den Eigenthümer civilrechtliche Verpflichtungen entstehen; der Eigenthümer als solcher ist niemals der **actio noxalis**, der **actio aquae pluviae arcendae** ausgesetzt, er ist nicht zur Bestellung der **cautio damni infecti**, zur Reparatur der Mauer bei der **servitus oneris ferendi** verpflichtet, all dies tritt vielmehr erst dann ein, wenn ein weiterer Thatbestand realisirt ist.

In zweiter Linie möchte ich aber doch noch bezweifeln, ob durch die Ubbelohde'sche Formulirung eine wirklich werthvolle Bezeichnung des Miteigenthums erzielt wird. Wenn von Zulässigkeit der Theilung, aber auch von Fällen gesprochen wird, in denen dieselbe unmöglich ist, so sind eben wieder zahlreiche Feststellungen über die Möglichkeit der Theilung erforderlich, und eine einfache, leicht anzuwendende Regel über die Behandlung des Miteigenthums ist deshalb in der Ubbelohde'schen Formulirung nicht gegeben.

Was nun weiter die Frage betrifft, welche Funktion der Theilungsbegriff in der Lehre vom Miteigenthum hat, welche Bedeutung der Abgrenzung des Theilungsbegriffs, den Unter-

arten der Theilung, die gebildet werden, zukommt, so ist zunächst zu bemerken, daß der Versuch, die das Miteigenthum betreffenden Detailsätze in eine allgemeine Formulirung zusammenzufassen, bei keiner irgendwie getroffenen Formulirung des Theilungsbegriffs gelingen kann.

In welchem Umfang diejenigen Erscheinungen, die möglicher Weise als Theilung bezeichnet werden können, beim Miteigenthum auftreten, darüber herrscht allgemeine Uebereinstimmung und ist wohl jeder Zweifel ausgeschlossen. Daß die dem Eigenthümer zustehende Macht, die an das Eigenthum sich anschließenden Verpflichtungen sich spalten, daß die Miteigenthümer eine Aufhebung der Gemeinschaft verlangen können, ist natürlich nicht zu bestreiten, und es ist deshalb die Abgrenzung des Theilungsbegriffs für die Lehre vom Miteigenthum praktisch bedeutungslos. Es gibt keinen Fall, in dem das, was geschehen soll, worauf der Richter sein Urtheil zu richten hat, bestritten ist und zugleich die Streitfrage durch eine genaue Feststellung, was der römische Jurist, respektive Justinian unter Theilung versteht, gelöst werden könnte.

Die einzelnen Begriffe, die ich aufgestellt habe, Größenbestimmung durch Theilung, anbefohlene, durchgeführte Theilung, Theilung mit selbstverständlicher und mit komplicirter Durchführung, scheinen mir in dem Sinn richtig gewählt zu sein, daß beim Miteigenthum auftretende Erscheinungen sich richtig unter dieselben subsumiren lassen.

Zunächst scheint mir der Satz wahr zu sein, daß die Theilung beim Miteigenthum eine Größenbestimmung durch Theilung ist. Das erste, was bei Entstehung des Miteigenthums fixirt ist, ist das Größenverhältniß der Eigenthumsantheile, und erst von hier aus wird zu einer genaueren Fixirung der den einzelnen Miteigenthümern zustehenden Rechtssphären geschritten. Dies wird wohl allgemein anerkannt sein

und es wird sich ein Widerspruch höchstens gegen die Namengebung erheben können.

Wenn ich nun bei der Größenbestimmung durch Theilung, also bei der Operation, die von dem Größenverhältniß der Theile ausgeht und von da zu einer selbständigen Größenbestimmung der Theile fortschreitet, zwischen anbefohlener und durchgeführter Theilung unterscheide, so läßt sich dieser Gegensatz auch wieder beim Miteigenthum als vorhanden nachweisen. Wenn z. B. die an das Eigenthum sich anschließenden Verpflichtungen sich spalten, wenn die Miteigenthümer sich über den Gebrauch der Sache auseinandersetzen, wenn endlich die Sache selbst zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft zwischen den Miteigenthümern getheilt wird, so sind hier stets die zwei Stadien der Theilung zu unterscheiden. Zunächst sind nur die Brüche angegeben, die den Maßstab für die Vertheilung bilden sollen, so daß also der Umfang der Verpflichtung, respektive Berechtigung nur durch Verweisung auf das Verhältniß zum Miteigenthümer bestimmt wird. Von da aus wird dann zu einer selbständigen Größenbestimmung übergegangen, so daß eine Verpflichtung zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme, eine Berechtigung, die Sache in zeitlich oder räumlich beschränktem Umfang zu benutzen, oder endlich Alleineigenthum an einer bestimmten einzelnen Sache entsteht. Dieses Fortschreiten von den Bruchangaben, die der Berechtigung hinzugefügt werden, zu der selbständigen Größenbestimmung scheint mir deutlich als Durchführung der Theilung bezeichnet werden zu können. Und wenn man unter derselben eben den Uebergang von der relativen zu der selbständigen Größenbestimmung versteht, so wird es keinem Zweifel unterliegen, daß ein solcher auch dann vorhanden ist, wenn an die Stelle der Bestimmung, daß ein Miteigenthümer eine Verpflichtung zu einem Theil zu übernehmen habe, die

Fixirung einer auf eine bestimmte Geldsumme gerichteten Verpflichtung tritt, mag auch im einzelnen Fall der Rechnungsakt, in dem die Durchführung besteht, noch so einfach sein.

Das Besondere, wodurch sich diese letztere Theilung von der Theilung, die in Bezug auf den Gebrauch und bei Aufhebung des Miteigenthums stattfindet, unterscheidet, habe ich dadurch zum Ausdruck zu bringen gesucht, daß ich sie Theilung mit selbstverständlicher Durchführung im Gegensatz zu solcher mit komplicirter Durchführung genannt habe. Während bei der ersteren nur eine einfache Rechnung stattfindet, bei deren Vornahme verschiedene Möglichkeiten gar nicht gegeben sind, sind bei der andern komplicirte Messungen und Schätzungen und, da die Durchführung in sehr verschiedener Weise erfolgen kann, auch willkürliche Festsetzungen nothwendig.

Die noch nicht durchgeführte Theilung habe ich als anbefohlene bezeichnet, aber bereits sprachliche Bedenken gegen diesen Namen geäußert (S. 83). Die von Krasnopolski (S. 501) gemachte Bemerkung, daß es zweifelhaft sei, wer befehle, wird zwar keine erheblichen Schwierigkeiten bereiten. Als befehlend ist natürlich die Rechtsordnung zu denken. Ich glaube deshalb diesem Einwand gegenüber keine Koncession machen zu müssen. Dagegen habe ich in einer andern Richtung meine früher aufgestellten Behauptungen (S. 76) genauer zu präcisiren.

Wenn von dem Gegensatz der relativen und der selbständigen Größenbestimmung ausgegangen wird, so wird es keiner Beanstandung unterliegen, daß der Uebergang von der einen zur andern Bestimmung als Durchführung der Theilung bezeichnet wird. Es gibt nun Fälle, in denen die relative Größenbestimmung zur Regulirung des Verhältnisses zwischen den Miteigenthümern vollkommen ausreicht und ein Uebergang zu der selbständigen Größenbestimmung nicht stattfindet. Dies

Verhältniß ist vorhanden bezüglich der Macht, dingliche Rechte an der Sache entstehen zu lassen. Hier tritt eine Durchführung der Theilung nicht ein, und dieselbe wird deshalb auch nicht zutreffend als eine anbefohlene bezeichnet. Dies habe ich schon in meiner Theilung anerkannt (S. 76).

Nun gibt es aber auch Fälle, in denen zwar ein Uebergang von einer Größenbestimmung zur andern stattfindet, aber nicht eine relative Größenbestimmung durch eine selbständige ersetzt wird, sondern eine relative durch eine andere relative. Dies ist beim Fruchtziehungsrecht der Fall. Der Miteigenthümer, dem zu einer bestimmten Quote Mitberechtigung und damit Fruchtziehungsrecht zugesprochen ist, erwirbt an den Früchten Miteigenthum zu der betreffenden Quote. Ein ähnliches Verhältniß kommt im Obligationenrecht vor, wo die auf Verschaffung eines theilbaren Rechts gerichtete Forderung sich im Fall der Theilung in Forderungen verwandelt, die auf Verschaffung von Theilen des geschuldeten Rechts gerichtet sind.

Es ist nun eine Frage von untergeordneter sprachlicher Bedeutung, ob man auch diese Art der Umwandlung noch als Durchführung der Theilung bezeichnen will. Ich glaube allerdings, daß diese Frage wohl bejaht werden kann. Nur ist der Unterschied zu beachten, der zwischen dieser Art der Durchführung und der zuerst genannten besteht. Die Durchführung der Theilung geht stets von der relativen Größenbestimmung aus und besteht dann darin, daß ein Uebergang zu einer selbständigen oder zu einer andern relativen Größenbestimmung stattfindet. Hiernach wäre die Definition, die ich in der Theilung der Rechte (S. 32) für die Durchführung der Theilung gegeben habe, zu ergänzen.

Das Verhältniß beim Miteigenthum ist nach dem Vorstehenden folgendes: bei Entstehung des Miteigenthums sind zunächst nur Bruchtheile gegeben, die bestimmen, in welchem Verhältniß

die Betheiligten an dem Eigenthum participiren sollen. Für die im Eigenthum enthaltene Macht zur Bestellung dinglicher Rechte ist damit schon eine genügende Grenzregulirung zwischen den Miteigenthümern gegeben, während bei anderen Befugnissen eine anderweitige Größenbestimmung, sei es eine selbständige oder wieder eine relative, mithin auch eine Durchführung der Theilung nothwendig ist. Wo eine solche Durchführung stattfindet, da erscheint es mir korrekt und deutlich, wenn zwischen anbefohlener und durchgeführter Theilung unterschieden wird.

Diese Unterscheidung ist in den genannten Fällen stets möglich, ich habe jedoch schon bemerkt, daß zu ihrer Betonung da kein besonderer Anlaß vorliegt, wo die Durchführung der Theilung nur in einer einfachen Rechen- oder Denkoperation besteht, daß vielmehr in diesen Fällen eine Veranlassung, anbefohlene und durchgeführte Theilung einander gegenüberzustellen, nur dann vorhanden ist, wenn die Vornahme jener Rechen- oder Denkoperation aus irgend welchem Grund aufgeschoben wird, z. B. weil der Betrag der Forderung, um deren Theilung es sich handelt, noch nicht feststeht, oder weil die Früchte, an denen Miteigenthum entstehen soll, noch nicht vorhanden sind (S. 76, 183).

Der Ausdruck anbefohlene Theilung ist da nicht zutreffend, wo die Angabe der Bruchtheile genügt und eine weitere Durchführung irgend welcher Art nicht eintritt. Falls für diese Behandlung eine besondere Bezeichnung wünschenswerth erscheint, könnte man den schon gebräuchlichen Ausdruck Quotentheilung verwenden, der nichts darüber aussagt, ob eine Durchführung der Theilung anbefohlen ist.

Was nun den Werth der besprochenen Subsumtionen betrifft, so wird kaum behauptet werden können, daß der einzelne beim Miteigenthum vorkommende Theilungsakt durch

dieselben deutlicher gemacht wird. Wenn von einer Theilung der dem Eigenthümer zustehenden Macht, dingliche Rechte an der Sache zu bestellen, von einer Theilung der den Eigenthümer treffenden Verpflichtungen, des Gebrauchs, der Sache zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft die Rede ist, so wird sich wohl Jedermann den Vorgang, der gemeint ist, richtig vorstellen. Ich glaube, daß die Subsumtion unter die genannten Begriffe nur das leistet, daß sie das Verhältniß, in dem die verschiedenen beim Miteigenthum vorkommenden Theilungen, respektive die verschiedenen Stadien zu einander stehen, deutlich und scharf hervortreten läßt, und daß in Folge davon die Verschiedenheit der Behandlung der einzelnen Arten der Theilung leicht ihre Erklärung findet. Ist die erforderliche Durchführung der Theilung theils eine selbstverständliche, theils eine komplicirte, so ist begreiflich, daß für die letztere ein besonderes Theilungsverfahren nothwendig ist. Wenn einzelne Arten der Theilung zunächst nur anbefohlen sind, aber eine weitere Durchführung fordern, so ist deutlich, was mit der trotz der Angabe von Theilen noch vorhandenen Gemeinschaft gemeint und wie es möglich ist, daß in dem Ausdruck pars pro indiviso die Theilung einerseits bejaht, andererseits verneint wird.

Bei meiner Behauptung, daß der Ausdruck intellektuelle Theilung nicht geeignet sei, das Verhältniß, um das es sich handelt, deutlich zu bezeichnen, muß ich beharren. Der Recensent des Litterarischen Centralblatts behauptet zwar, daß die Lektüre meines Buchs durch die Wahl der neuen Ausdrücke erheblich erschwert werde. Die Richtigkeit der Ausstellung, daß das Buch schwer zu lesen sei, muß ich zwar wohl anerkennen, da mir dieselbe Bemerkung auch privatim von Personen gemacht worden ist, die ebenso wie der Recensent in dem genannten Blatt zu den klügeren Lesern des Buches gehören. Daß aber

die Schwierigkeit gerade in der Wahl der neuen Bezeichnungen liegt, davon habe ich mich nicht überzeugen können. Es wäre ja ein einfaches Verfahren, bei Aufstellung eines neuen Begriffs bisher in anderem Sinn gebrauchte Namen zu verwenden, also z. B. die anbefohlene Theilung als intellektuelle, die durchgeführte als wirkliche zu bezeichnen. Ich glaube aber, daß durch ein solches Verfahren die Lektüre eher noch mehr erschwert würde, ganz abgesehen davon, daß die von mir gewählten Namen auf das hinweisen, was gemeint ist, während dies bei den Ausdrücken intellektuelle und wirkliche Theilung nicht der Fall ist.

Die Vorstehende findet Ergänzung und Bestätigung in einer Besprechung der Ausführungen, die Scheurl der Lehre vom Miteigenthum gewidmet hat. Derselbe geht konsequent auch in der Lehre vom Miteigenthum von seinem engeren Theilungsbegriff aus. Dieser Umstand hat für ihn zunächst nur in der Richtung Bedeutung, daß das, was ich Theilung mit komplicirter Durchführung nenne, nicht in den Bereich seiner Darstellung fällt. Die im judicium communi dividundo stattfindende Auseinandersetzung kann Scheurl natürlich nicht in Abrede stellen, er bezeichnet dieselbe aber nur als uneigentliche Theilung und erkennt an, daß eine erschöpfende Darstellung des Miteigenthums, die von ihm nicht beabsichtigt wird, auch diese Vorgänge zu berücksichtigen haben würde (S. 37). Wenn aber Scheurl mit Rücksicht auf diese uneigentliche Theilbarkeit das Eigenthum in einem weiteren Sinn des Worts für durchaus theilbar erklärt, so scheint mir das unhaltbar zu sein, denn es kann damit doch nur gesagt sein, daß in Bezug auf alle rechtlichen Wirkungen des Eigenthums Theilung eintrete, was zweifellos nicht der Fall ist, mag man unter Theilung verstehen, was man will.

Das Einzige, was nach Scheurl bestritten wird und

bestritten werden kann, ist die Frage, ob die im römischen Recht zweifellos vorkommende Behandlung des Eigenthums als eines im eigentlichen Sinn theilbaren Rechts als wirkliche Theilung des Eigenthumsrechts anzusehen sei, oder ob blos ein trügender Schein, eine Fiktion der Theilung vorliege. Scheurl glaubt eine wirkliche Theilung des Eigenthums annehmen zu sollen, weil das Eigenthum, soweit es reines Rechtsverhältniß ist, theilbar ist, und reines Rechtsverhältniß zu sein, mache das Wesen des Eigenthumsrechts aus (S. 20). Was Scheurl unter reinem Rechtsverhältniß versteht, sagt er in der Recension (S. 527): „das Eigenthum ist reines Rechtsverhältniß, sofern es die rechtliche Macht über die Sache ist, vermöge welcher sie dem Eigenthümer als Mittel zur Hervorbringung lediglich rechtlicher, d. h. in Rechtserwerbungen bestehender Vermögenswirkungen für ihn dienen soll.“ Die Theilbarkeit des Eigenthums wird dann als eine bedingte oder relative bezeichnet, weil sie dem Eigenthum nur als reinem, vom Besitz unabhängigem Rechtsverhältniß zukommt (S. 30).

Das Hauptbedenken, das Scheurl gegen die Theilbarkeit des Eigenthums hat, ist, daß die Macht, welche das Recht dem Eigenthümer über die Sache zugesteht, untheilbar ist, sofern sie nur mittelst körperlicher Einwirkung auf dieselbe bethätigt werden kann. Sofern es also zum Wesen des Eigenthums gehört, in dieser Form ausgeübt werden zu können, sei eine wirkliche Theilung desselben unmöglich (S. 19). Nun gehören zwar diejenigen Eigenthumsbefugnisse, welche nur mittelst Einwirkung auf die Sache ausgeübt werden können, nach Scheurl zum wesentlichen Inhalt des Eigenthums (S. 20); er sagt sogar (S. 22), daß das Recht auf die körperliche Beherrschung der Sache, das Recht, sie zu besitzen, der wesentlichste Bestandtheil des Eigenthums sei. Aber zunächst

verweist Scheurl darauf, daß der Besitz der Sache dem Eigenthümer fehlen könne (S. 20) und später wird dann das Recht, die Sache zu besitzen, von der faktischen Herrschaft über dieselbe unterschieden und als theilbar erklärt, weil es durch partis vindicatio selbständig ausgeübt werden kann (S. 22). Als hauptsächlich ins Gewicht fallend wird aber der schon erwähnte Gedanke angeführt, daß es das Wesen des Eigenthums ausmache, reines Rechtsverhältniß zu sein (S. 20), daß die ohne körperliche Einwirkung auf die Sache mögliche Wirksamkeit des Eigenthums dessen wesentlichen Inhalt bilde, die wesentliche Form der Wirksamkeit des Eigenthumsrechts sei (S. 30), und daran wird dann die Schlußfolgerung geknüpft daß man von wirklicher, wesentlicher Theilbarkeit des Eigenthums reden könne.

In erster Linie dürften nun wohl Einwendungen gegen die Fragestellung Scheurl's zu erheben sein. Das auch von Scheurl nicht in Abrede gestellte Verhältniß ist das, daß in einzelnen Beziehungen Theilung stattfindet, in andern nicht, und bei dieser Sachlage hat außer der korrekten Aufzählung der Detailsätze nur die Frage einen Werth, ob eine zusammenfassende Formulirung des Details möglich ist, eine Frage, die meines Erachtens zu verneinen ist. Wenn aber die Frage gestellt wird, ob das Recht als Ganzes wirklich oder fingirt theilbar sei, so kann ich mir nicht klar machen, welchen Sinn diese Feststellung hat und welcher Werth ihr zukommt. Wenn ein Regiment zum Theil aus blonden, zum Theil aus brünetten Mannschaften besteht, so hat die Frage, ob das Regiment als Ganzes wirklich oder fingirt blond sei, keinen Sinn, und es wird auch Niemand einfallen, zu sagen, das Regiment sei relativ oder bedingt blond, weil dabei von den brünetten Mannschaften abgesehen werden müsse. Ich vermag aber nicht einzusehen, weshalb die Verwendung dieser Aus-

drücke beim Miteigenthum irgendwie gerechtfertigter sein sollte als beim Regiment, wo die Verkehrtheit derselben wohl von Jedermann anerkannt wird.

Wenn bei dem Regiment die überwiegende Mehrzahl der Regimentsangehörigen blond ist, wenn namentlich die das Aussehen des Regiments in erster Linie beeinflussenden Personen, also Offiziere, Unteroffiziere, Mannschaften des ersten Glieds blond sind, so kann man wohl in abgekürzter, wenn auch inkorrekter Weise sagen, das Regiment ist blond. Und in ähnlicher Weise kann man auch beim Miteigenthum von einer Theilung des Rechts sprechen, namentlich wenn man auch das, was Scheurl uneigentliche Theilung nennt, mit in Betracht zieht, weil dann in Bezug auf die Mehrzahl der im Eigenthum enthaltenen Befugnisse, insbesondere auf die wichtigsten, für den Eigenthümer werthvollsten, eine Theilung stattfindet. Das ist aber nicht die Begründung, durch die Scheurl zu seiner Behauptung, das Eigenthum sei theilbar, gelangt.

Wenn ich mich nun den Argumenten, mit denen Scheurl operirt, zuwende, so fällt bei denselben zunächst die häufige Verwendung des Wortes Wesen, wesentlich auf, die meines Erachtens nicht zulässig ist. Ich habe in meiner juristischen Begriffsbildung auszuführen gesucht, daß es gar nicht ohne weiteres selbstverständlich ist, was man unter Wesen, wesentlich bei rechtlichen Beziehungen zu verstehen hat, daß man allerdings unter Umständen mit diesen Bezeichnungen einen deutlichen, präcisen Sinn verbinden kann, daß es aber stets angezeigt ist, bei Gebrauch dieser Worte genau anzugeben, was mit denselben gemeint ist. Es ist deshalb unzulässig, wenn Scheurl ohne weitere Begründung das, was zu seiner Theorie paßt, als wesentlich, das andere als unwesentlich bezeichnet. Es liegt auf der Hand, daß eine derartige beliebige, nicht ge-

rechtfertigte Verwendung des Wortes Wesen ein Mittel bildet, um jede Theorie zu rechtfertigen. Die verschiedenen Behauptungen, die Scheurl über das Wesen des Eigenthums aufstellt, scheinen mir aber auch unter einander nicht recht in Einklang zu stehen. Denn wenn Scheurl (S. 20) sagt, es mache das Wesen des Eigenthums aus, reines Rechtsverhältniß zu sein, so ist damit nicht recht vereinbar, daß auf S. 22 das Recht, zu besitzen, als der wesentlichste Bestandtheil des Eigenthums bezeichnet wird.

Wenn aber Scheurl an dieser Stelle das Recht, zu besitzen, deshalb für theilbar erklärt, weil es durch partis vindicatio ausgeübt werden kann, so steht diese Behauptung mit dem früher aufgestellten Satz (S. 7) in Widerspruch, daß die Theilbarkeit eines Rechtes darauf beruhe, daß es ohne Veränderung seines Inhalts lediglich durch arithmetische Theilung seines Umfangs in eine Mehrheit selbständiger Rechte zerlegt werden kann. Auch zu der Behauptung (S. 19), daß die dem Eigenthümer eingeräumte Macht, welche nur mittelst körperlicher Einwirkung auf die Sache in Bewegung gesetzt und bethätigt werden kann, untheilbar ist, scheint die Theilbarkeit des Rechtes auf Besitz nicht recht zu passen. Denn wenn man auch die thatsächliche körperliche Beherrschung der Sache von dem Recht auf Besitz unterscheidet und Erstere als untheilbar, Letzteres als theilbar bezeichnet, so dürften doch die durch körperliche Einwirkung auszuübende und vom Recht verliehene Macht und das Recht auf Besitz entweder identisch oder doch so nahe verwandt sein, daß es nicht angeht, hier eine Verschiedenheit in Bezug auf die Theilbarkeit zu statuiren.

Scheurl erklärt (S. 20) die Untheilbarkeit der durch körperliche Einwirkung auszuübenden Eigenthumsbefugnisse deshalb für irrelevant, weil die thatsächliche Möglichkeit ihrer

Ausübung fehlen kann. Daß dieser Umstand unerheblich ist, geht daraus mit Sicherheit hervor, daß derselbe in gleicher Weise auch bei andern im Eigenthum enthaltenen Befugnissen vorhanden sein kann.

Außer dem bisher Besprochenen greift nun aber noch eine andere Gedankenreihe in die Darstellung ein, gegen die ich ebenfalls Widerspruch erheben muß. Scheurl hat schon in seinen allgemeinen Erörterungen über die Theilbarkeit der Rechte die Frage aufgeworfen, wie die Theilbarkeit eines Rechtes zu beurtheilen sei, wenn in demselben verschiedene Rechtswirkungen enthalten seien (S. 9). Er beantwortet diese Frage dahin, daß es auf diejenigen Rechtswirkungen ankomme, in welchen sich die Wirksamkeit des Rechts ein für alle Mal oder doch immer für diesmal völlig erschöpft, wie das bei der Veräußerungsbefugniß und dem Fruchtziehungsrecht des Eigenthümers der Fall ist. Nachdem nun Scheurl in der Lehre vom Miteigenthum festgestellt hat, daß es für die Theilbarkeit des Eigenthums nur darauf ankomme, ob es als reines Rechtsverhältniß theilbar sei, wird nun das eben angeführte Princip verwendet, um zu der Theilbarkeit zu gelangen. Das Eigenthum als reines Rechtsverhältniß — Scheurl läßt zwar das Wort „rein" weg und geht zu dem Ausdruck Rechtsverhältniß über, es ist aber doch ohne Zweifel das gemeint, was er sonst als reines Rechtsverhältniß bezeichnet — sei theilbar, weil sich seine Wirksamkeit in der Veräußerung und im Fruchterwerb auf einmal oder wenigstens für diesmal erschöpfend bethätige (S. 21).

Ich vermag auch dieses Princip nicht als richtig anzuerkennen. Wenn man den Rechtserwerb, der sich an ein Recht anschließt, also z. B. den Fruchterwerb des Eigenthümers, mit der Befugniß des Berechtigten zu einzelnen Handlungen, also z. B. mit der Gebrauchsbefugniß des Eigenthümers vergleicht, so

läßt sich wohl der von Scheurl angegebene Unterschied auffinden. Der Rechtserwerb tritt in dem vollen Umfang ein, in welchem er von der Rechtsordnung statuirt ist, während es bei der Gebrauchsbefugniß dem Eigenthümer freisteht, von derselben einen mehr oder weniger erschöpfenden Gebrauch zu machen. Aber schon die Behauptung, daß in der Veräußerung stets eine erschöpfende Bethätigung des Eigenthums liege, ist unhaltbar; denn kann man von einer solchen reden, wenn der Eigenthümer sein Recht nur zum Theil veräußert oder jura in re aliena bestellt? Wie es sich aber auch damit verhalten mag, so ist doch der Zusammenhang dieses Verhältnisses mit der Theilbarkeit des Rechts vollständig unerfindlich, wie auch Scheurl selbst kein Wort der Begründung für seine Behauptung anzuführen vermag. Es liegt deshalb die Vermuthung nahe, daß Scheurl nur durch die beabsichtigte Verwendung des Princips zur Aufstellung desselben geführt worden ist.

Das unrichtige Princip scheint mir aber auch falsch angewandt zu sein. Solange Scheurl sich mit der Frage beschäftigt, ob das Eigenthum als theilbar bezeichnet werden könne, obgleich in einzelnen Richtungen, namentlich in Bezug auf den Besitz, eine Theilung nicht zulässig erscheine, hätte er das angeführte Princip, sofern es richtig wäre, verwenden können. Aber bei dieser Fragestellung berührt er dasselbe nicht; hier tritt nur die schon besprochene Verwendung des Wortes Wesen, die Ausführung über das mögliche Fehlen des Besitzes und über partis vindicatio auf. Erst nachdem festgestellt ist, daß es nur darauf ankomme, ob das Eigenthum als reines Rechtsverhältniß theilbar sei, wird das besprochene Princip in völlig überflüssiger Weise zur Anwendung gebracht, da ja bei dem, was Scheurl zum reinen Rechtsverhältniß rechnet,

Veräußerungsbefugniß und Fruchtziehungsrecht, über die Theilbarkeit ein Zweifel gar nicht obwalten kann.

Anmerkung. Auch im Einzelnen finden sich noch Unrichtigkeiten in der Scheurl'schen Darstellung, von denen einige angeführt werden mögen, wenn dieselben auch den Gedankengang im Ganzen nicht beeinflussen.

Wenn die Rechtswirkung des Fruchterwerbs deshalb als eine theilbare bezeichnet wird, weil die Früchte in der Regel Mengen fungibler Sachen seien (S. 21), so wäre diese Begründung nur dann richtig, wenn jeder Miteigenthümer direkt Eigenthümer eines bestimmten Fruchtquantums würde. Das ist aber nicht der Fall, vielmehr entsteht an den Früchten zunächst wieder Miteigenthum, wofür es ganz gleichgültig ist, ob die Früchte in Fungibilien bestehen oder nicht.

Scheurl sagt (S. 22), daß die Möglichkeit der partis vindicatio genüge, um die Sache bei Entbehrung ihres Besitzes verkaufen, verpachten oder vermiethen zu können. In diesem Satz scheint mir der Gedanke zu liegen, daß man ohne die Möglichkeit der vindicatio das nicht könne, was natürlich unrichtig ist, da man auch eine fremde Sache verkaufen oder verpachten kann. Vielleicht soll gesagt sein, die Möglichkeit der vindicatio genüge, um den durch Verkauf oder Vermiethung übernommenen Verbindlichkeiten schließlich nachzukommen, das ist aber etwas ziemlich anderes, als was gesagt ist.

Scheurl sucht die beim Miteigenthum stattfindende Theilung noch dadurch deutlicher zu machen, daß er sagt, die Sache werde getheilt gedacht als Mittel zur Hervorbringung von Rechtswirkungen für den Eigenthümer; die Theile bedeuten Theile ihrer Wirkungsfähigkeit für den Eigenthümer. Wenn diese Formulirung vom Standpunkt des Scheurl'schen Sprachgebrauchs aus auch nicht gerade unrichtig genannt werden kann, so ist sie doch jedenfalls als überflüssig zu bezeichnen. Die Hauptaufgabe der Formulirung ist doch schließlich die, die Rechtssätze, das, was geschehen soll, in möglichst einfacher Weise auszudrücken und wenn möglich das Detail durch das Mittel der Verallgemeinerung zusammenzufassen, ich kann aber nicht finden, daß in dieser Richtung der Vorstellung und Ausdrucksweise, daß die Sache als Mittel zur Hervorbringung rechtlicher Wirkungen getheilt zu denken sei, irgendwelcher Werth innewohnt.

IV.

In der Lehre von der Theilbarkeit respektive Untheilbarkeit der Servituten herrscht im Allgemeinen Uebereinstimmung in Bezug auf die Detailsätze, die Ansichten gehen nur in Bezug auf die allgemeine Formulirung, namentlich aber hinsichtlich der Frage auseinander, welche Gründe die Untheilbarkeit der Prädialservituten und des Usus habe. Nur bei einer Detailfrage ist von Ubbelohde gegen meine Darstellung Widerspruch erhoben worden, und auf diese Differenz ist nun zunächst etwas genauer einzugehen, bevor die Bedeutung des Theilungsbegriffs für die erwähnten allgemeinen Fragen behandelt wird.

Ich habe auf Grund der allgemein von der Untheilbarkeit der Prädialservituten redenden Stellen angenommen, daß eine quotenweise Bestellung von Prädialservituten, also die Hinzufügung eines Bruchs zu dem Bestellungsakt in allen Fällen, also auch da unzulässig ist, wo sich ein vernünftiger, durchführbarer Sinn einer derartigen Verabredung auffinden läßt. Ubbelohde scheint hiermit nicht einverstanden zu sein. Seine Opposition auf S. 811 trifft übrigens zunächst nicht genau die von mir aufgestellte Behauptung. Daß eine Servitut für die halbe Stückzahl des Viehs, welches durch Weidegang auf dem dienenden Grundstück ernährt werden könnte, oder auch für die Hälfte des auf dem praedium dominans durchwinterten Viehs bestellt wird, halte auch ich für zulässig. Aber für unwirksam halte ich den Vertrag, in dem einfach in Bezug auf zwei Grundstücke eine halbe Weidegerechtigkeit bestellt wird, und das verstehe ich eben unter quotenweiser Bestellung der Servitut, und auch diese wird von Ubbelohde auf S. 813 für zulässig erklärt. Wenn ganz im Allgemeinen

in den Quellen die Untheilbarkeit der Prädialservituten ausgesprochen und darauf die Untheilbarkeit der auf Bestellung einer Prädialservitut gerichteten Forderung gegründet wird, so ist damit meines Erachtens die Unzulässigkeit der quotenweisen Bestellung ausgesprochen, und man kann sich über diesen Gesetzesbefehl nicht deshalb hinwegsetzen, weil eine derartige Bestellung in einzelnen Fällen als möglich erscheint. Und diese Argumentation wird richtig bleiben, welchen Begriff man auch mit dem Wort Theilung verbinden mag.

Die Untheilbarkeit der Servituten bleibt demnach in dem Umfang, in welchem sie gewöhnlich und auch von mir angenommen wird, bestehen. Bei der Erklärung derselben kommt es vor allem auf die Erkenntniß an, daß es sich nicht um einen einheitlichen Rechtssatz handelt, der die Untheilbarkeit der Prädialservituten statuirt und aus dem die einzelnen Detailsätze als Konsequenzen abgeleitet werden können, sondern daß verschiedene selbständige Sätze neben einander aufgestellt werden müssen, von denen jeder besonders zu erklären ist.

Diese Erkenntniß wird durch die von mir vorgeschlagene Begriffsbestimmung und Gliederung der Theilung zwar nicht bedingt, aber doch näher gelegt. Insbesondere tritt bei meiner Auffassung deutlich hervor, daß bei der bekanntlich unzulässigen Anknüpfung einer Prädialservitut an eine Miteigenthumsquote korrekter Weise gar nicht von Theilung der Servitut gesprochen werden kann, mithin hier auch etwas anderes vorliegt als in den übrigen Fällen, in denen von Untheilbarkeit der Servitut gesprochen wird. Denn wenn man von dem Begriff der Größenbestimmung durch Theilung ausgeht und berücksichtigt, daß bei derselben stets eine genau bestimmte Größe vorhanden sein muß, die getheilt werden soll, so ergibt sich leicht, daß von der Theilung eines Rechts nur dann korrekter Weise gesprochen werden kann, wenn eine irgendwie in dem Recht

enthaltene Größe getheilt wird. Bei der Bestellung einer Prädialservitut für einen Miteigenthümer würde aber nicht eine in der Servitut enthaltene Größe getheilt, der Umfang des Rechts vielmehr von dem Bedürfniß der Miteigenthümer, mithin von der zwischen den Miteigenthümern stattfindenden Regulirung abhängen. Wenn aber die Gestaltung, die durch den Satz: servitutem pro parte dominii adquiri non posse ausgeschlossen wird, gar keine Theilung der Servitut enthält, mithin etwas anderes ist, als das, was sonst noch durch die Untheilbarkeit der Servitut als unzulässig bezeichnet wird, so ergibt sich leicht, daß für die verschiedenen Rechtssätze auch verschiedene Erklärungen gesucht werden müssen.

Ubbelohde hat gegen die vorstehende Auffassung Einwendungen erhoben (S. 809) und behauptet, die herrschende Ansicht sei doch im Recht, wenn sie die Unzulässigkeit, an eine Miteigenthumsquote als praedium dominans eine Prädialservitut zu knüpfen, auf die Untheilbarkeit der Servitut zurückzuführen. Hierauf ist nun noch etwas genauer einzugehen.

Die Argumentation Ubbelohde's ist folgende: wenn es sich um ein theilbares Realrecht, z. B. um gutsherrliche Naturalabgaben, handelt, so kann ein solches ohne Zweifel an eine Miteigenthumsquote geknüpft werden, während dies bei einem untheilbaren Recht, mag es sich nun um eine Prädialservitut oder um eine an ein Grundstück gebundene Reallastgerechtigkeit untheilbaren Inhalts, z. B. auf Baufrohnden, handeln, nicht zulässig ist. Der Grund liegt darin, daß bei untheilbarem Recht nothwendig ein Eingriff in die Eigenthumsquoten der übrigen Miteigenthümer stattfinden müßte, mithin bei der Bestellung des Rechts eine Vinkulirung der übrigen Eigenthumsquoten erforderlich wäre, was Ubbelohde als unmöglich zu betrachten scheint.

Ubbelohde geht bei diesen Betrachtungen davon aus,

daß bei einem derartigen Recht der Berechtigte in der Lage sein müsse, dasselbe auszuüben, und daß er nicht der Gefahr ausgesetzt sein dürfe, durch seine Miteigenthümer an der Ausübung gehindert zu werden. Ich glaube, daß man dem zustimmen kann, aber nur mit Rücksicht auf das von Ubbelohde nicht erwähnte Erforderniß der perpetua causa (zu vergl. Theilung der Rechte S. 135). Abgesehen davon scheint mir die Annahme nicht gerechtfertigt, denn man kann es doch unmöglich als ein Hinderniß für die Entstehung eines Rechts bezeichnen, daß der Berechtigte möglicherweise durch rechtliche Beziehungen zu anderen Personen an der Ausübung seines Rechts gehindert wird. Der Berechtigte kann — abgesehen von dem Erforderniß der perpetua causa — ganz wohl sagen, ich wünsche dieses Recht zu haben; ob mir meine Miteigenthümer die Ausübung des Rechts gestatten, kann dem Gegner, der mir dasselbe einräumt, gleichgültig sein.

Wenn nun aber Ubbelohde weiter annimmt, daß Theilbarkeit des Rechts und Nichteingriff in die anderen Miteigenthumsquoten einerseits, Untheilbarkeit des Rechts und Eingriff in die anderen Miteigenthumsquoten andererseits stets Hand in Hand gehen, so glaube ich diesen Zusammenhang in Abrede stellen zu müssen.

Ob die Ausübung eines an eine Miteigenthumsquote geknüpften Rechtes durch einen Miteigenthümer einen Eingriff in die Rechtssphäre der anderen Miteigenthümer enthalte, hängt in erster Linie davon ab, ob die Berechtigung ohne weiteres oder nur wie bei der Prädialservitut für das Grundstück, soweit es sich um Bedürfnisse desselben handelt, ausgeübt werden darf. Im letzteren Fall ist die Ausübung des Rechts stets von der Regulirung abhängig, die zwischen den Miteigenthümern eintritt, und kann unter Umständen nicht ohne Verletzung der Rechtsstellung der Genossen erfolgen. Fällt

dagegen diese Beziehung auf das **praedium dominans** weg, kann der Berechtigte sein Recht ohne weitere Einschränkung ausüben, so ist nicht einzusehen, weshalb die Berechtigung nicht ohne Verletzung der Miteigenthümer ausgeübt werden sollte.

In Betreff der Erklärung der einzelnen in der Lehre von der Untheilbarkeit der Servituten aufgestellten Sätze glaube ich, daß sich die von mir verwendeten Begriffe wenigstens in einer Richtung als werthvoll erweisen. Ich habe auszuführen gesucht, daß in einigen Fällen die Theilung der Prädialservitut deshalb unmöglich ist, weil die Servitut keinen meßbaren, fixirbaren Umfang hat, daß z. B. aus diesem Grund von einer quotenweisen Bestellung einer Wegegerechtigkeit, einer Aussichtsgerechtigkeit nicht die Rede sein kann. Die Einsicht, daß eine Theilung hier unmöglich ist, wird erleichtert durch die Erkenntniß, daß jede auf juristischem Gebiet anerkannte Theilung Größenbestimmung durch Theilung ist, d. h. daß jede juristische Theilung die Aufgabe hat, den Umfang eines Rechts durch Zerlegung eines Ganzen zu fixiren. Aus dieser Auffassung ergiebt sich ohne weiteres die Forderung, daß das zu zerlegende Ganze eine bestimmte Größe haben muß. Sofern nun die Ausdrücke Größenbestimmung durch Theilung, anbefohlene und durchgeführte Theilung auf diese Verhältnisse hinweisen, kann auch gesagt werden, daß sie zur Erklärung der Untheilbarkeit der Servituten etwas beitragen.

Daß meine Ausführungen nicht überall zu einer vollständig befriedigenden Erklärung der Sätze des römischen Rechts führen, daß insbesondere die Erklärung, welche für die Untheilbarkeit des Usus aufgestellt ist, nicht genügt, habe ich zugegeben (S. 127). Ich glaube aber nicht, daß durch irgend eine abweichende Bildung des Theilungsbegriffs in dieser Richtung weiterzukommen ist. Nicht recht verständlich ist mir,

weshalb mir gerade an dieser Stelle von Ubbelohde (S. 802) der Vorwurf gemacht wird, ich habe außer Acht gelassen, daß die Rechtsordnung nicht sowohl dazu berufen sei, logische Spekulationen zu verwirklichen, als vielmehr dazu, die realen Lebensverhältnisse in praktikabler Weise zu regeln. Ich bin nicht auf Grund logischer Spekulationen zu der Annahme gekommen, daß die Untheilbarkeit des Usus nicht in befriedigender Weise erklärt werden könne; ich wäre auf jede Erklärung, mochte dieselbe logischer oder praktikabler Natur sein, eingegangen, aber ich habe keine befriedigende gefunden. Es liegt für mich nicht die mindeste Veranlassung vor, bei der Unerklärbarkeit stehen zu bleiben, aber ich kann auch nicht finden, daß die neuen Erklärungsversuche, die von Ubbelohde und Scheurl aufgestellt wurden, ausreichend sind.

Was zunächst die neue Erklärung Ubbelohde's (S. 802 ff.) betrifft, so würde nach ihm eine zeitliche Abgrenzung zwischen mehreren Usuaren zu einer Ungerechtigkeit führen, weil das Recht mit dem Tod des Subjekts erlischt. Ich kann dem nicht zustimmen. Wenn beispielsweise dem A und B ein Usus legirt ist und bei der Verabredung jährlichen Wechsels der mit dem Gebrauch beginnende A während des ersten Jahres stirbt, so dauert das Recht des Usus natürlich für B fort und gelangt nun uneingeschränkt an diesen. In diesem Fall liegt eine Ungerechtigkeit natürlich nicht vor. Ob eine solche für B, respektive dessen Erben vorhanden ist, wenn B während des ersten Jahres stirbt, bevor er zur Ausübung des Usus gekommen ist, scheint mir mindestens fraglich; jedenfalls kann aber eine derartige Ungerechtigkeit durch Kautionen in sehr einfacher Weise beseitigt werden. Ich kann auch nicht zugeben, daß, wie Ubbelohde behauptet, beim Ususfruktus die zeitliche Theilung nur zulässig sei, si inter eos convenit.

Diese Behauptung stützt sich ohne Zweifel auf die L. 7 § 10 D. 10, 3, die folgendermaßen lautet:

Ulpianus. Cum de usufructu communi dividundo judicium agitur, judex officium suum ita diriget, ut vel regionibus eis uti frui permittat: vel locet usumfructum uni ex illis: vel tertiae personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant: vel si res mobiles sint, etiam sic poterit, ut inter eos conveniat caveantque per tempora se usuros et fruituros, hoc est ut apud singulos mutua vice certo tempore sit ususfructus.

Es heißt nicht, si inter eos convenit, sondern ut inter eos conveniat, das heißt, der Theilungsrichter kann die ihm obliegende Aufgabe in der Weise lösen, daß er die Parteien zu einer auf zeitliche Theilung gerichteten Verabredung veranlaßt.

Die Betonung der Mobilien hat wohl nicht die Bedeutung, daß die zeitliche Abgrenzung nur für Mobilien zugelassen werden soll. Die Annahme, daß es sich um einen Ususfruktus von Mobilien handle, wird nur deshalb gemacht, weil bei Immobilien die räumliche Theilung näherliegend ist. (Zu vergl. Cujacius VII, 494 Venezianische Ausgabe).

Scheurl führt die Untheilbarkeit des Usus und der Prädialservituten darauf zurück, daß hier die eigentliche, d. h. rein quantitative Theilung unmöglich sei. Das ist meines Erachtens unzulässig. Denn man kann von der Auffassung Scheurl's aus wohl zu einer Beseitigung der in Frage stehenden Sätze, aber nicht zu einer Erklärung derselben gelangen. Wenn durch das Wort pars nur auf die Zerlegung in gleiche Theile hingewiesen wird, so kann der Satz: uti pro parte non possumus den Sinn haben, daß eine Zerlegung des Gebrauchs, bei dem jedem Berechtigten qualitativ ganz gleiche Theile zugewiesen werden, nicht möglich sei. Dies ist

natürlich in Wirklichkeit der Fall und bedarf keiner Erklärung. Etwas Weiteres wäre dann in jenem Satz nicht enthalten, namentlich keine Bestimmung darüber, ob eine Zerlegung des Gebrauchs in qualitativ ungleiche Theile durch Angabe von räumlichen oder zeitlichen Grenzen zulässig sei. Es würde deshalb einer derartigen Zerlegung von jenem Satz aus kein Hinderniß im Wege stehen; das, was man gewöhnlich unter Untheilbarkeit des Usus versteht und nicht recht zu erklären vermag, wäre in Wirklichkeit gar nicht vorhanden.

Es ist mir übrigens zweifelhaft, ob Scheurl diese Ansicht vertreten will; er spricht sich über die Frage nicht deutlich aus. Nachdem er (S. 55) die Untheilbarkeit des Usus konstatirt hat, sagt er schließlich, in einem weiteren, uneigentlichen Sinn sei der Usus theilbar, nämlich dann, wenn Mehreren ein Usus an einer Sache eingeräumt ist. Diese Theilung des Usus läßt sich nun freilich nicht in Abrede stellen, ob aber eine ähnliche Theilung zwischen Eigenthümer und Usuar zulässig ist, womit nach gewöhnlichem Sprachgebrauch Theilbarkeit des Usus gegeben wäre, wird nicht deutlich und bestimmt gesagt.

Der engere Theilungsbegriff Scheurl's könnte zu der Erklärung der Untheilbarkeit des Usus nur verwendet werden, wenn man von der seltsamen Annahme ausginge, daß bei der Schaffung von Rechtssätzen die ausschließliche Verwerthung irgend welcher Begriffsformen das ausschlaggebende Moment bilde. Eine derartige Intention beim Gesetzgeber zu vermuthen, verbietet sich von selbst, außerdem kommt aber auch noch in Betracht, daß beim Miteigenthum Zerlegung in ungleiche Theile vorkommt, woraus sich ebenfalls die Unzulässigkeit einer derartigen Annahme ergibt.

Bei den Prädialservituten würde übrigens die ausgeschlossene Theilung gar nicht immer zu qualitativ ungleichen

Theilen führen. Scheurl erkennt das auch einigermaßen an und sucht deshalb noch nach weiteren Gründen für die Untheilbarkeit. Die wesentliche Ausübungsform des Usus und der Prädialservitut besteht nach ihm (S. 55) in einer körperlichen Behandlung oder in einer Verwehrung körperlicher Behandlung der Sache. Derartige rechtliche Wirkungen seien nur dann theilbar, wenn sie dem Berechtigten in einer bestimmten Anzahl zugesichert wären. Aber dabei wäre zur Theilbarkeit immer noch erforderlich, daß das Recht „seinen Zweck noch genügend erfüllen könnte, wenn die Anzahl der Wirkungen auf den denkbar kleinsten Theil eingeschränkt würde". Da das nie der Fall sei, so ergebe sich hieraus die Unmöglichkeit der Theilung.

Scheurl hat schon in seinen allgemeinen Ausführungen (S. 10) den Satz aufgestellt, daß eine Theilung eines Rechts da ausgeschlossen sei, wo der Zweck, für welchen das Recht genügendes Mittel sein soll, einen fest bestimmten Umfang des Rechts fordere. Nur in den Fällen, in denen der Umfang des Rechts für sein Wesen gleichgültig sei, wie z. B. bei dem Ususfruktus, nicht aber bei den Prädialservituten, sei eine Theilung möglich.

Ich kann in diesen Behauptungen nichts anderes erblicken als eine petitio principii, die nur eingeschoben ist, um die Untheilbarkeit der Prädialservituten darauf stützen zu können; dieselben sind mir so unverständlich, daß ich kaum zur Widerlegung etwas anzuführen vermag. Wenn durch die volle Servitut dem Berechtigten die Möglichkeit gegeben wird, sein Bedürfniß voll zu befriedigen, so ist durchaus nicht einzusehen, weshalb nicht ein Recht, ein Bedürfniß, sofern dies eben ein meßbares ist, zu einem Theil zu befriedigen, konstituirt und weshalb darin nicht eine Theilung der Servitut erblickt werden sollte, auch wenn man von dem Scheurl'schen Theilungs-

begriff ausgeht. Die Behauptung, daß der Umfang des Rechts hier für sein Wesen nicht gleichgültig sei, beruht nur wieder auf der unzulässigen und willkürlichen Verwendung des Wortes Wesen, welche das ganze Buch Scheurl's durchzieht.

Auf Scheurl's Untersuchung der Frage, wie sich die bei den Prädialservituten vorkommenden Erscheinungen zu der Vervielfältigung oder, wie Scheurl (S. 59) sagt, zu dem Wesensbegriff der Vervielfältigung verhalten, gehe ich nicht näher ein. Derartige Erörterungen sind meines Erachtens werthlos. Das Verhältniß juristischer Erscheinungen zu Begriffen, die ihre Heimath außerhalb der Jurisprudenz haben, ist für uns nur dann von Werth, wenn die Erscheinungen des Rechtslebens durch Vermittelung jener Begriffe zum Ausdruck gebracht worden sind oder passend zum Ausdruck gebracht werden können, oder wenn endlich das Nichtjuristische zur Erklärung und zum Verständniß des Juristischen beitragen kann. Nichts von dem allen ist hier der Fall. Scheurl sucht zwar den Wesensbegriff der Vervielfältigung noch durch folgenden Satz deutlich zu machen: „Nicht wir vervielfältigen uns, indem wir Kinder zeugen, sondern der Mensch in uns wird dadurch vervielfältigt." Ich bezweifle jedoch, daß derartige Erörterungen für die Jurisprudenz werthvoll sind, und kann deshalb auch von den naheliegenden Einwendungen absehen, welche sich dagegen erheben, daß überhaupt nach dem Wesensbegriff der Vervielfältigung gefragt wird.

Wenn ich nun nach der Widerlegung der neueren Ansichten über die Gründe der Untheilbarkeit der Servituten meine früheren Behauptungen über diese Frage aufrecht erhalte, so habe ich zum Schluß nur noch darauf zu verweisen, daß in der Mehrzahl der Fälle das, was man etwa als Theilung der Servituten bezeichnen könnte, nicht unmöglich, sondern aus praktischen Gründen, namentlich mit Rücksicht auf die

Verhältnisse mehrerer Miteigenthümer, ausgeschlossen ist. Die Auffindung dieser Gründe ist aber meines Erachtens von der Abgrenzung des Theilungsbegriffs unabhängig. Man wird deshalb wohl sagen können, daß die Fassung und Gliederung des Theilungsbegriffs auf dem Gebiet der Servituten eine geringere Bedeutung hat als auf dem des Eigenthums und der Obligationen.

V.

In der Lehre von der Theilung der Forderungen sind es hauptsächlich zwei Fragen, über welche die Meinungen auseinandergehen. Es ist einmal die rechtliche Behandlung der untheilbaren Forderungen bestritten (zu vergl. Theilung der Rechte S. 241 ff.) und es herrscht ferner Meinungsverschiedenheit darüber, wie die Bestimmungen des römischen Rechts über die Zulässigkeit der Theilung zu erklären seien.

Daß in Bezug auf die erste Frage die Fassung des Theilungsbegriffs ohne jeglichen Einfluß ist, wird wohl allseitig zugegeben. Dagegen scheint mir dieselbe sowie die richtige Gliederung des Theilungsbegriffs die nothwendige Voraussetzung für die Lösung des zweiten Problems, für die Erklärung der feststehenden Rechtssätze zu bilden. Wenn die von mir gegebene Erklärung die einzige ist, gegen die sich keine erheblichen Bedenken vorbringen lassen — ein anderer Beweis für ihre Richtigkeit läßt sich allerdings nicht erbringen — so scheint mir damit auch die Nothwendigkeit der von mir vorgeschlagenen Begriffsfassungen erwiesen zu sein; denn ohne diese läßt sich die von mir gegebene Erklärung nicht formuliren. Dies soll im Folgenden genauer dargelegt werden.

Wo auf dem Gebiet des Obligationenrechts eine Theilung stattfindet, steht immer in erster Linie das Größenverhältniß fest, in dem die Theile zu einander stehen. Der Fortschritt

von diesem ersten Stadium der Regulirung, bei dem also zunächst von dem im Obligationsnexus Stehenden nur gesagt wird, daß er zu einem gewissen Bruchtheil an demselben betheiligt sei, zu dem zweiten Stadium, bei dem der Umfang der Berechtigung, respektive Verpflichtung, nicht mehr durch Verweisung auf das Verhältniß zum Ganzen, respektive zu den andern Betheiligten, sondern durch selbständige Größenbestimmung erfolgt, ist hier ein außerordentlich einfacher, da die Theilung nur zulässig ist, sofern sich nach durchgeführter Theilung gleiche Theile ergeben; soweit dies aber der Fall ist, ist die Durchführung der Theilung eine selbstverständliche, die nur in einer einfachen Rechnungsoperation besteht und bei der sich verschiedene Möglichkeiten der Behandlung und des Resultats nicht darbieten.

Ich glaube deshalb, daß zunächst die vorhandenen Verhältnisse richtig geschildert werden, wenn gesagt wird, bei Forderungen ist eine Theilung, die auch hier Größenbestimmung durch Theilung ist, nur so weit zulässig, als sich nach durchgeführter Theilung gleiche d. h. qualitativ gleiche Theile ergeben, die Durchführung der Theilung mithin eine selbstverständliche ist. Der Akt der Durchführung der zunächst nur anbefohlenen Theilung besteht hier in einer einfachen, jederzeit zu vollziehenden Rechnungsoperation, so daß derselbe nirgends besonders hervortritt, die Theilung vielmehr sofort als durchgeführte erscheint.

Von einer Durchführung der Theilung kann meines Erachtens nicht blos da die Rede sein, wo es sich um eine Quantitätsleistung, mithin um eine Division des zu leistenden Quantums handelt, sondern auch, wie schon bemerkt, da, wo die Theilung durch Theilung des Rechts eintritt. Wenn die halbe Verpflichtung, Eigenthum an einem Grundstück zu verschaffen, verwandelt wird in die Verpflichtung, Miteigenthum

zur Hälfte zu tradiren, so liegt darin eine Umwandlung des Rechtsverhältnisses, die wohl als Durchführung der Theilung zu bezeichnen ist, wenn auch die Größenbestimmung, mit der die Durchführung abschließt, keine selbständige ist, sondern immer noch die Verweisung auf ein größeres Ganzes verwendet.

Durch die hier gewählten Begriffe, respektive Eintheilungen, wird nun auch der Unterschied, welcher zwischen der beim Miteigenthum stattfindenden Theilung und der Theilung der Forderungsrechte stattfindet, klar und deutlich zum Ausdruck gebracht. Sowohl beim Miteigenthum als beim Forderungsrecht stehen zuerst die Bruchtheile fest, zu denen die Betheiligung an dem Rechtsverhältniß stattfindet. Im Eigenthum sind nun aber verschiedene Elemente vorhanden, die bezüglich der Theilung verschieden behandelt werden. Bei einzelnen Befugnissen, wie z. B. bei der Veräußerungsmacht, ist eine weitere Durchführung der Theilung gar nicht erforderlich; das Verhältniß der Miteigenthümer zu einander ist genügend geregelt, wenn gesagt wird, daß jeder pro rata veräußern kann. Bezüglich eines Theils des Eigenthumsinhalts tritt selbstverständliche Theilung ein, die sich von selbst vollzieht, während mit Rücksicht auf verschiedene Arten des Gebrauchs der Sache eine Theilung mit komplicirter Durchführung angeordnet ist, bei der, sofern eine Einigung der Parteien nicht zu erzielen ist, die Zuziehung des Theilungsrichters nothwendig wird. Durch die anbefohlene, eine komplicirte Durchführung erfordernde Theilung wird die dem Miteigenthum eigenthümliche Gemeinschaft begründet. Beim Forderungsrecht ist nur die Theilung in gleiche Theile, also die Theilung mit selbstverständlicher Durchführung zulässig, und es ergibt sich deshalb als wichtigster, der Erklärung bedürftiger Unterschied zwischen Eigenthum und Forderungsrecht, daß bei Letzterem nur die Theilung in gleiche Theile, mit selbstverständlicher Durchführung,

bei Ersterem auch die Theilung in ungleiche Theile, mit komplicirter Durchführung zulässig ist.

Für die Erklärung dieses Unterschieds ist nun die Berücksichtigung der Durchführung der Theilung und die Unterscheidung zwischen selbstverständlicher und komplicirter Durchführung deshalb nothwendig, weil eben in der Selbstverständlichkeit der Durchführung der Grund und das Maß für die Zulässigkeit der Theilung der Forderungsrechte liegt. Es ist nicht die qualitative Gleichheit der Theile, welche über die Zulassung der Theilung entscheidet; es ist namentlich mit Rücksicht auf die beim Miteigenthum vorkommenden Erscheinungen nicht möglich, zu sagen, daß die Theilung nur zugelassen werde, sofern sich bei derselben qualitativ gleiche Theile ergeben. Aber soweit die Durchführung der Theilung zu gleichen Theilen führt, ist die Theilung eine selbstverständliche, und es lassen sich meines Erachtens Gründe dafür finden, bei Forderungsrechten nur diese Art der Theilung für zulässig zu erklären. Dieselben liegen darin, daß beim Forderungsrecht die Theilung nicht wie beim Miteigenthum zwischen den Theilungsinteressenten, d. h. den Personen, die an der Art und Weise der Theilung interessirt sind, sondern zwischen andern Personen stattfindet; wenn z. B. einem Gläubiger A zwei Schuldner B und C gegenüberstehen, so hat die Theilung nicht zwischen den Theilungsinteressenten B und C, sondern zwischen A und einem Theilungsinteressenten, B oder C, zu erfolgen. Auf eine genauere Darlegung dieser Gründe, auf die weiteren Unterschiede zwischen dinglichem und obligatorischem Recht, welche sich anschließen, sowie auf die Widerlegung anderer Theorien kann ich hier nicht näher eingehen, ich verweise auf die Ausführungen in meiner Theilung der Rechte, denen ich nichts hinzuzufügen habe. Es kam mir hier nur darauf an, mehr, als in der Theilung der Rechte geschehen war, zu

betonen, daß die Fassung und Eintheilung des Theilungsbegriffs, die ich vorgeschlagen, die Voraussetzung für eine haltbare Erklärung der gegebenen Rechtssätze bildet.

Der festgestellte Zusammenhang läßt sich vielleicht in folgender Weise allgemeiner formuliren. Wenn an einen bestimmten Thatbestand T, der die Eigenschaft a hat, eine Wirkung W deshalb geknüpft wird, weil mit der Eigenschaft a die andere b verbunden ist, diese aber geeignet erscheint, die Wirkung W nach sich zu ziehen, so kann die Verbindung von W mit T nur erklärt werden, wenn der Zusammenhang von a und b erkannt ist. In dieser Weise hängt meines Erachtens das Verständniß des Satzes, daß bei Forderungsrechten nur die Theilung in gleiche Theile zulässig ist, mit der Erkenntniß zusammen, daß dieses Resultat durch eine Theilung mit selbstverständlicher Durchführung erreicht wird.

Das bisher Ausgeführte wird durch die nicht sehr schwierige Widerlegung der Scheurl'schen Angriffe eine weitere Unterstützung finden.

Scheurl geht natürlich auch im Obligationenrecht wieder von seinem Theilungsbegriff, d. h. von der Zerlegung in gleiche Theile aus und wirft mir vor, daß ich das Wesen der juristischen Theilbarkeit ganz verkenne. Er sagt ferner (S. 538), daß man meine Ausführungen nur dann als richtig anerkennen könne, wenn man meinen dem römischen Recht ganz fremden Theilungsbegriff als richtig gelten lasse.

Wenn man sich ganz scharf daran halten wollte, daß die Römer unter Theilung nur die Zerlegung in gleiche Theile verstehen, so würde sich daraus, ähnlich wie oben beim Usus, nur ergeben, daß mit der Eintheilung der Forderungen in theilbare und untheilbare über die Zerlegung in ungleiche Theile nichts gesagt ist. Wenn also z. B. die Forderung auf Herstellung eines opus für untheilbar erklärt wird, so ist damit

nur gesagt, daß eine Zerlegung in gleiche Theile nicht möglich ist. Ueber eine Zerlegung der Forderung, bei der jeder der mehreren Schuldner einen Theil des opus zu effektuiren hätte, ist mit der Statuirung der Untheilbarkeit nichts gesagt, da diese Zerlegung eine Theilung im juristischen Sinn nicht ist, und es würde demnach eine derartige Zerlegung als zulässig zu betrachten sein.

Die letztere Annahme ist nun natürlich deshalb unmöglich, weil bei derselben die Bestimmungen des römischen Rechts über die Behandlung der untheilbaren Obligation nicht Platz greifen könnten. Es kann vielmehr keinem Zweifel unterliegen, und dies wird auch von Scheurl angenommen, daß die Römer auch die Zerlegung in ungleiche Theile für unzulässig halten, und es ist wahrscheinlich, daß sie auch an den Ausschluß dieser Zerlegung denken, wenn sie die Forderung als untheilbar bezeichnen.

Mit Hülfe des Theilungsbegriffs von Scheurl läßt sich aber auch keine Erklärung der gegebenen Rechtssätze erzielen. Scheurl scheint sich das Verhältniß in der Weise zurechtzulegen, daß er sagt, Zerlegung in ungleiche Theile ist keine Theilung im juristischen Sinn, also ist sie nicht zulässig. Er sagt ausdrücklich (S. 532), nachdem er seinen Theilungsbegriff dem meinigen gegenübergestellt hat, die Billigkeit oder Zweckmäßigkeit einer andern Art von Theilung als der seinigen komme gar nicht in Betracht. Noch deutlicher tritt diese Anschauung an einer andern Stelle (S. 535) hervor, wo direkt gesagt ist, daß bei dem Theilungsbegriff des römischen Rechts, wonach unter Theilung nur die rein quantitative Theilung zu verstehen sei, eine andere Theilung gar nicht vorkommen könne. Diese ganze Auffassung ist natürlich unhaltbar. Das Einzige, was von diesem Standpunkt aus gesagt werden kann, ist, daß,

wenn andere Erscheinungen der Zerlegung vorkommen, sie nicht Theilung genannt werden können.

Die Billigkeit und Zweckmäßigkeit des Verfahrens ist bei der Bildung des Rechts das allein Maßgebende. Wenn irgend ein Verfahren sich aus Gründen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit als empfehlenswerth erweist, so wird der Gesetzgeber dasselbe anordnen, ohne irgendwie darauf Rücksicht zu nehmen, ob es unter einen schon aufgestellten Begriff fällt oder nicht. Deshalb ist auch bei der Frage, weshalb die Zerlegung in ungleiche Theile nicht zulässig sei, die Behauptung vollständig irrelevant, daß eine derartige Zerlegung keine Theilung sei.

Auf die Billigkeit und Zweckmäßigkeit anderer Arten der Theilung will Scheurl erst in zweiter Linie verweisen; er sagt (S. 532): „Davon ist nur dann die Rede, wo die juristische Theilung unmöglich oder den Betheiligten nicht mehr genehm ist und deshalb an ihre Stelle eine Theilung anderer Art treten soll. Nur das läßt sich mit Recht sagen, daß eben deshalb das Recht überall blos eine rein quantitative Theilbarkeit anerkennt, weil bei dieser und nur bei ihr jede Möglichkeit einer Benachtheiligung der betheiligten Personen so völlig ausgeschlossen ist, als es nur überhaupt bei einer Theilung der Fall sein kann."

Zunächst ließe sich vielleicht behaupten, daß die beiden angeführten Sätze sich widersprechen. Denn wenn nach dem zweiten Satz die Rechtsordnung überhaupt nur die rein quantitative Theilbarkeit anerkennt, so ist nicht ersichtlich, wie nach dem ersten Satz eine andere Theilung dann in Betracht kommen soll, wenn die rein quantitative Theilung nicht möglich ist. Dieser Widerspruch hätte vielleicht durch eine sorgfältigere Formulirung vermieden werden können, es erheben sich aber auch Einwendungen, wenn man den zweiten Satz

für sich allein betrachtet. Es wird in demselben der von mir für das Obligationenrecht verwendete Satz, daß nur bei der Theilung in gleiche Theile die Möglichkeit einer Benachtheiligung der Theilungsinteressenten ausgeschlossen sei, verwerthet, aber es wird dem Gedanken eine zu weite und deshalb unrichtige Fassung gegeben. Denn es ist entschieden unrichtig, wenn behauptet wird, die Rechtsordnung erkenne mit Rücksicht auf das angeführte Verhältniß überhaupt nur die rein quantitative Theilung an, da beim Miteigenthum auch andere Theilung als die in gleiche Theile vorkommt.

Endlich ist auch der Widerspruch unbegründet, den Scheurl gegen die Art und Weise erhebt, wie ich den Gegensatz zwischen dinglichem Recht und Forderungsrecht formulire. Der Unterschied bestehe nicht darin, daß hier nur die selbstverständliche Theilung, dort auch andere Theilung zugelassen sei, sondern nur darin, daß bei der Theilung von Obligationen jede Rechtsgemeinschaft zwischen den Subjekten, zwischen welchen sie stattfindet, wegfällt, während bei der Theilung von dinglichen Rechten eine solche fortbesteht, bis sie durch eine körperliche Theilung des Rechtsobjekts oder eine sonstige Auseinandersetzung der Berechtigten aufgehoben wird (S. 533).

Daß der Unterschied, wie ihn Scheurl hier formulirt, vorhanden ist, bestreite ich nicht, aber unbegründet ist das „nur" der Scheurl'schen Ausführung, d. h. die Behauptung, daß nur der von ihm, nicht auch der von mir hervorgehobene Unterschied vorhanden sei. Wenn beim Miteigenthum am Haus eine Theilung in der Weise eintreten kann, daß jedem Miteigenthümer ein Stockwerk zugewiesen wird, während bei der Verpflichtung zum Hausbau eine derartige Theilung nicht zulässig ist, so haben wir es in beiden Fällen mit demselben Theilungsvorgang zu thun, und es erhebt sich die Frage, wes-

halb derselbe auf der einen Seite zugelassen, auf der andern ausgeschlossen wird. Ich glaube den Vorgang treffend als Theilung mit komplicirter Durchführung bezeichnen zu können. Dieser Ausdruck ist aber selbstverständlich für das Vorhandensein des Unterschieds ganz irrelevant, derselbe bleibt bestehen, auch wenn man den Vorgang, um den es sich handelt, nicht als Theilung anerkennt. Die enge Abgrenzung des Theilungsbegriffs hat hier überhaupt nur die Bedeutung, daß für denjenigen, der mittelst desselben sein Untersuchungsgebiet abgrenzt, das von mir behandelte Problem ganz aus dem Rahmen der Untersuchung herausfällt. In dieser Richtung aber wird man jedem Schriftsteller eine gewisse Freiheit des Spielraums gewähren müssen, und man kann noch eher Scheurl als mir einen Vorwurf aus der Art der Abgrenzung machen, da bei ihm eines der wichtigsten Probleme ununtersucht bleibt.

In Bezug auf den von mir betonten Unterschied wäre ich vielleicht eher zu einem „nur" berechtigt. Wenn nach Scheurl das getheilte dingliche Recht sich dadurch vom getheilten Forderungsrecht unterscheidet, daß bei ihm eine Gemeinschaft zurückbleibt, so ist das, wie ich gezeigt habe, eine Konsequenz des Umstandes, daß beim dinglichen Recht eine anbefohlene Theilung vorkommt, die erst der komplicirten Durchführung bedarf. Der von Scheurl hervorgehobene Unterschied ist also darauf zurückzuführen, daß beim dinglichen Recht Theilung mit komplicirter Durchführung, beim Forderungsrecht nur selbstverständliche Theilung zulässig ist. Mit andern Worten, die Unterscheidung, die Scheurl allein anerkennen will, ist nur eine Folge der von mir betonten Differenz. Ich war deshalb vollkommen im Recht, wenn ich diesen Unterschied betonte, und Scheurl's Polemik ist in doppelter Beziehung unrichtig. Denn er bemerkte einmal nicht, daß sich

die beiden Unterschiede neben einander aufstellen lassen und er sah ferner nicht, daß der von mir hervorgehobene Unterschied der fundamentale, der seinige der abgeleitete ist.

Auf die weitere Scheurl'sche Polemik, welche sich auf Detailpunkte meiner Darstellung richtet, glaube ich nicht eingehen zu sollen. Nur einen Punkt möchte ich noch berühren. Ich habe es (Theilung der Rechte S. 211) für unrichtig erklärt, bei alternativen und generischen Obligationen von Untheilbarkeit zu reden, und mich der Formulirung Ubbelohde's angeschlossen, daß für die Theilung bei diesen Obligationen besondere Bestimmungen gelten. Scheurl sagt (S. 534) in Bezug auf die erste Behauptung, daß sie ohne genügenden Grund aufgestellt sei, er bemerkt aber im Eifer seiner Polemik nicht, daß er im Lauf seiner Darstellung bei demselben Resultat anlangt, das ich vertheidige. Denn wenn er zum Schluß sagt, es sei richtiger, bei diesen Obligationen von einer Art der Theilbarkeit, als von einer bloßen Art der Untheilbarkeit zu reden, so wird damit wohl dasselbe gesagt sein, was die von mir vertheidigte Formulirung Ubbelohde's enthält, die sich nur durch größere Klarheit auszeichnet.

VI.

Nachdem die bisherige Darstellung die Bedeutung der verwendeten Begriffe im Einzelnen darzulegen versucht hat, scheint es angezeigt, die Resultate noch einmal in einer allgemeineren Betrachtung zusammenzufassen und dieselben mit den Bemerkungen zu vergleichen, welche ich oben sub I über die Bedeutung des Theilungsbegriffs gemacht habe.

Ich habe dort zunächst betont, daß die Bildung des Theilungsbegriffs dann praktisch wichtig ist, wenn der Gesetzgeber durch Vermittelung des Begriffs etwas bestimmt, wenn

er namentlich die Theilung als zulässig oder unzulässig bezeichnet. Es geht aber aus der bisherigen Darstellung wohl ohne Zweifel hervor, daß dem Streit über die Abgrenzung des Theilungsbegriffs in dieser Richtung eine praktische Bedeutung nicht zukommt. Es wäre zwar wohl, wie gezeigt worden ist, die Möglichkeit vorhanden, Erscheinungen, die gewöhnlich als Theilung und deshalb durch Statuirung der Untheilbarkeit als ausgeschlossen betrachtet werden, von einem engeren Theilungsbegriff aus als nicht unter das Verbot der Theilung fallend und deshalb als zulässig zu bezeichnen. Derartige Versuche sind aber nicht ernsthaft unternommen worden. In welchem Umfang die verschiedenen Erscheinungen, die etwa unter den Theilungsbegriff subsumirt werden können, zulässig oder unzulässig sind, muß vielmehr nach dem Stand der Quellen als im Großen und Ganzen feststehend betrachtet werden.

Die Frage, was Theilung sei, hat deshalb nicht die praktische Bedeutung, daß durch Beantwortung derselben erst das positiv geltende, vom Gesetzgeber statuirte Recht festgestellt wird. Es tritt daher bei der Bildung des Theilungsbegriffs der zweite oben erwähnte Gesichtspunkt in den Vordergrund, und es handelt sich demgemäß darum, Begriffe zu bilden, welche sich bei der Darstellung und Erklärung des geltenden Rechts mit Erfolg verwenden lassen. Und bei dieser Aufgabe ist, wie schon oben erwähnt wurde, nicht die Gebundenheit an die Anschauungen der Quellen vorhanden, welche eintritt, wenn der Gesetzgeber durch Vermittelung des Theilungsbegriffs etwas befiehlt.

Die Hauptaufgabe der bisherigen Ausführungen war, zu zeigen, daß sich die Erscheinungen des positiven Rechts unter die von mir aufgestellten Begriffe subsumiren lassen, und daß diese Subsumtionen werthvolle sind. Bei denselben wäre wohl

in erster Linie die Möglichkeit logischer Fehler vorhanden gewesen, und eine Polemik, die nach logischen Unrichtigkeiten sucht, hätte deshalb in erster Linie an dieser Stelle einsetzen müssen. Ich glaube aber in dieser Richtung meine Behauptungen aufrecht erhalten zu können, es sind mir auch keine Angriffe gegen dieselben bekannt geworden.

Die juristischen Erscheinungen lassen sich aber nicht blos unter die von mir aufgestellten Begriffe richtig subsumiren, sondern ich glaube auch behaupten zu können, daß in den von mir verwendeten Begriffen gerade diejenigen Elemente betont werden, welche die juristische Verwendung der Theilung bedingen. Wenn ich die Größenbestimmung durch Theilung der sonstigen Theilung, die Theilung mit selbstverständlicher Durchführung derjenigen mit komplicirter Durchführung, die anbefohlene der durchgeführten Theilung gegenüberstelle, so sind damit Begriffe gegeben, mit denen sich werthvolle Sätze bilden lassen. Die Begriffe sind so abgerundet, daß sie mit fest abgegrenzten juristischen Erscheinungen richtig in Verbindung gesetzt werden können. Die Theilung auf juristischem Gebiet läßt sich unter die Größenbestimmung durch Theilung, die bei Obligationen zulässige Theilung unter die Theilung mit selbstverständlicher Durchführung subsumiren. Eine derartige einheitliche Subsumtion ist nun allerdings beim Miteigenthum nicht möglich, da das Eigenthum verschiedenartige Bestandtheile enthält, und deshalb auch verschiedenartige Theilungen bei demselben vorkommen. Aber die einzelnen Erscheinungen beim Miteigenthum, respektive die verschiedenen Stadien in der Entwicklung desselben lassen sich doch wieder richtig und geschlossen unter die aufgestellten Begriffe subsumiren.

Ich kann nun allerdings nicht behaupten, daß die einzelnen Vorgänge auf juristischem Gebiet durch die Subsumtion unter die von mir aufgestellten Begriffe erst deutlich und ver-

ständlich werden. Dieselben sind so einfacher Natur, daß ihre richtige Auffassung im Einzelnen keine Schwierigkeiten bereitet. Ich glaube aber, daß meine Eintheilung des Begriffs das Verhältniß der verschiedenen Arten der vorkommenden Theilungserscheinungen deutlich hervorhebt. Durch Betonung des Aktes der Durchführung der anbefohlenen Theilung werden die verschiedenen Erscheinungen theilweise als Glieder einer Entwicklungsreihe dargestellt und dadurch ihr Verhältniß zu einander genau fixirt.

Die in der Theilung der Rechte (S. 27) erwähnte Möglichkeit, daß sich allgemeine Regeln über die Theilung durch Zusammenfassung des verschiedenen Gebieten Gemeinsamen aufstellen lassen, hat sich nur in geringem Umfang realisirt.

Mit der Unterscheidung von Größenbestimmung durch Theilung und sonstiger Theilung hängt der Satz zusammen, daß die Theilung auf juristischem Gebiet stets eine Größenbestimmung durch Theilung ist, d. h. daß bei derselben stets von dem Verhältniß der Theile ausgegangen wird, mag nun die Angabe dieses Verhältnisses selbst schon eine genügende Regulirung bieten, oder mag von hier aus durch die Durchführung der Theilung erst zu weiteren Größenbestimmungen vorgeschritten werden (Theilung der Rechte S. 13). Die Möglichkeit, auch noch in andern Fällen von Theilung zu reden, ist nicht in Abrede zu stellen, wenn man von einem weiteren Theilungsbegriff ausgeht und unter Theilung nur die Zerlegung dessen, was früher als Einheit gedacht wurde, vorstellt. Daß aber die Subsumtion von juristischen Vorgängen unter einen solchen Theilungsbegriff werthlos ist, habe ich schon genügend dargelegt (Theilung der Rechte S. 29).

Mit dem Gesagten steht im Zusammenhang, daß die Verwendung des Theilungsbegriffs auf juristischem Gebiet nicht der Art ist, daß wir nur für feststehende Verhältnisse nach einem

Ausdrucksmittel suchen, so wie z. B. die Begriffe von Einheit und Vielheit in mehr oder weniger, meist weniger glücklicher Weise zum Ausdruck für komplicirtere Rechtsgestaltungen verwendet werden. Die Erscheinungen des juristischen Lebens werden nicht blos unter die Theilungsbegriffe, die ihre Heimath auf nichtjuristischem Gebiet haben, subsumirt, sondern es werden Denk- oder Rechnungsformen zum Zweck erforderlicher Größenbestimmungen vom nichtjuristischen Gebiet herübergenommen. Die Theilung ist nicht blos ein Begriff, unter den subsumirt, sondern auch eine Denkform, mit der operirt wird (Theilung der Rechte S. 268).

Ueber die Verwendung der Größenbestimmung durch Theilung läßt sich sagen, daß sie das gewöhnliche Mittel der Regulirung ist, wenn mehrere Personen zu einem Recht als Berechtigte oder Verpflichtete in Beziehung treten; diese Verwendung der Theilung ist aber davon abhängig, daß das zu theilende Ganze fixirbare Größenverhältnisse hat.

Die Zulassung der von mir geschilderten Theilungsarten ist beim Eigenthum eine andere als beim Forderungsrecht. Die Untersuchung gelangt deshalb hier nicht zu einer allgemeinen Regel, aber indem die auf der einen Seite zugelassene, auf der andern Seite ausgeschlossene Erscheinung unter einen Begriff, den der Theilung mit komplicirter Durchführung, subsumirt wird, wird die Fragestellung nach dem Grund der Verschiedenheit nahegelegt und zugleich genau formulirt. Die Beantwortung dieser Frage ist abhängig von der Beachtung des Zusammenhangs, der zwischen der Zerlegung in qualitativ gleiche Theile und der selbstverständlichen Durchführung der Theilung stattfindet. Diese auf Berücksichtigung der Durchführung der Theilung beruhende Erkenntniß bildet die Voraussetzung für die vollständige Klarlegung des zwischen Eigenthum

und Forderungsrecht vorhandenen Unterschieds und damit zugleich für die Erklärung desselben.

Ich habe schon im Bisherigen darauf aufmerksam gemacht, daß die einzige Konsequenz der von einem engeren Theilungsbegriff ausgehenden Auffassung die ist, daß das zuletzt angeführte Problem aus dem Rahmen der Untersuchung herausfällt. Es ist mir auch privatim von ebenso wohlwollender als einsichtsvoller Seite das Bedenken geäußert worden, ob ich nicht von einem zu weiten Begriff der Theilung ausgehe. Ich glaube aber, daß die Ausdehnung, die ich dem Begriff und damit der Untersuchung gegeben habe, eben durch die Bedeutung des besprochenen Problems gerechtfertigt wird. Die Abgrenzung der Untersuchung ist das dritte Moment, hinsichtlich dessen nach der obigen Darstellung die Begriffsbildung Bedeutung hat, und es dürfte nun wohl auch in dieser Richtung eine Rechtfertigung der aufgestellten Begriffe gelungen sein.

Durch die bisherige Darstellung ist wohl das Verhältniß, in dem die Begriffe zu den Rechtssätzen stehen, genügend dargelegt. Die Rechtssätze sind nicht, wie vielfach angenommen wird, eine Konsequenz der Begriffe, sondern die Rechtssätze, respektive die Motive, die den Gesetzgeber zu denselben führen, sind das Primäre. Die Absicht des Gesetzgebers ist natürlich stets darauf gerichtet, materiell werthvolle praktische Resultate zu erreichen, niemals darauf, irgend welche Begriffsformen zur Verwendung zu bringen. Die Begriffe sind nur Mittel zum Zweck, deren sich die Gesetzgeber, respektive diejenigen Personen bedienen, welche dem geltenden Recht im Anschluß an die Gesetzestexte eine möglichst gute Formulirung zu geben bemüht sind. Aber wer sich eines Mittels bedient, um einen Zweck zu erreichen, der muß stets auch die Eigenschaften dieses Mittels berücksichtigen; ob und wie weit der Zweck erreicht wird, hängt

mit von der Beschaffenheit des gewählten Mittels ab. Und so ist auch auf juristischem Gebiet bei Verwendung des Theilungsbegriffs das dadurch erzielte Resultat vom verwendeten, respektive verwendbaren Begriff abhängig. Wenn die Wissenschaft eine Theorie derartiger Begriffe zu geben versucht, so hat sie die Aufgabe, darzulegen, ob und wie weit sich die betreffenden Begriffe zur Realisirung der gesetzgeberischen Intentionen verwenden lassen. Sie hat dem Gesetzgeber die Elemente, aus denen sich das Gesetzgebungswerk zusammensetzt, vorzubereiten, indem sie die Bedeutung, Wirkung und Verwendbarkeit derselben klar darlegt.

Da sich somit die richtige Begriffsbildung in gewissem Umfang erst als Resultat der ganzen Untersuchung ergibt, so ist eine besondere Schwierigkeit der Darstellung vorhanden. Denn es kann die Begriffsbildung unmöglich an den Schluß gestellt werden, da sie in der Darstellung nothwendig verwendet werden muß. Man könnte wohl auf den Gedanken kommen, mit der Detaildarstellung zu beginnen und die Theilungsbegriffe da zu besprechen, wo die Untersuchung zuerst Veranlassung bietet, sie zu berühren. Aber es erheben sich doch Bedenken gegen eine derartige Anordnung. Denn einmal würde durch dieselbe die Besprechung der Theilungsbegriffe auseinandergerissen und weniger übersichtlich, auch weniger leicht verständlich. Und dann würde auf diese Weise der Gedankengang des Schriftstellers doch nicht richtig dargelegt, da die Formulirung der Begriffe ja nicht mit Rücksicht auf irgend welches Detail, bei dem nun die Darstellung erfolgen würde, sondern nur mit Berücksichtigung aller einschlagenden Verhältnisse erfolgt. Es bleibt deshalb nichts anderes übrig, als die Schilderung des Begriffsapparats, dessen man sich bedienen will, an den Eingang der Darstellung zu legen, etwa so, wie wenn ein Lehrbuch der Chirurgie mit der Beschreibung der Instrumente beginnt. Mit

den Darstellungen, welche aus an die Spitze gestellten Definitionen das Detail der Lehre abzuleiten suchen, bleibt dann allerdings eine unbehagliche, kaum zu beseitigende äußerliche Aehnlichkeit, welche den oberflächlichen Leser leicht zu einer Identificirung führen kann.

Es dürfte nicht überflüssig sein, der bisherigen Darlegung meiner Methode die Grundsätze entgegenzustellen, von denen die Untersuchung Scheurl's beherrscht zu sein scheint. Ich sage „scheint", denn da Scheurl sich nirgends über seine Methode äußert, so lassen sich auch nur Vermuthungen über die Grundsätze aufstellen, durch die er bewußt oder unbewußt in seinen Untersuchungen geleitet wird.

In der Recension stellt Scheurl meinem Theilungsbegriff ohne weitere Begründung den seinigen entgegen; seine Abhandlung beginnt mit einer Definition der Theilbarkeit, und die ganze Untersuchung erscheint als ein Versuch, aus dieser Definition das Detail abzuleiten, das dann mit den Entscheidungen der Quellen übereinstimmend befunden wird. Die vorangestellte Definition und die Quellenentscheidungen bilden gleichzeitig die Stützpunkte der Untersuchung; es handelt sich darum, zwischen diesen beiden Punkten eine Verbindung herzustellen, die Quellenentscheidungen als Ausfluß eines einheitlichen Gedankens erscheinen zu lassen.

Im Allgemeinen ist nun gegen eine derartige Auffassung nichts einzuwenden, wenigstens dann nicht, wenn an die Spitze der Entwicklung ein Princip und nicht blos ein Begriff gesetzt wird. Daß bei der Ausbildung einer Lehre von einem einzelnen Begriff, der nicht schon irgendwie ein Princip, eine Forderung enthält, ausgegangen wird, also z. B. von dem Begriff der arithmetischen Theilung im Sinn einer Zerlegung eines Ganzen in gleiche Theile, und daß nun die Intentionen ausschließlich darauf gerichtet sind, diesen Begriff zur Ver-

werthung zu bringen, wird bei einem vernünftigen Gesetzgeber nicht vorkommen. Aber es kann nicht als principiell unzulässig bezeichnet werden, den Ausgangspunkt der Entwicklung in einem allgemeinen Princip, also z. B. in dem auf irgend welche Werthurtheile gestützten Satz zu suchen, daß nur die arithmetische Theilung zulässig sein soll. Denn ob die Rechtsentwicklung zunächst zu einer allgemeinen Formulirung gelangt, um von da aus das Detail zu entwickeln, oder ob sie zuerst die Einzelsätze ausbildet, um hinterher eine generalisirende und vereinfachende Zusammenfassung zu suchen, das ist eine Frage, die nur durch die historische Untersuchung für den einzelnen Fall entschieden werden kann. Wenn sich deshalb die Sätze des römischen Rechts über Theilung einfach und vollständig aus einem Princip ableiten ließen, so wäre damit nicht blos eine werthvolle Zusammenfassung gegeben, sondern es wäre auch bei dem Fehlen von bestimmten Nachrichten die Vermuthung begründet, daß das Princip die Ausbildung der Lehre beherrscht habe, und es wäre somit, wenigstens in gewissem Sinn, eine Erklärung der einzelnen Sätze gewonnen.

Wenn nun aber auch die Scheurl'sche Methode in dieser Richtung nicht von vornherein als unzulässig bezeichnet werden kann, so dürften doch die bisherigen Erörterungen zur Genüge ergeben haben, daß die Detailsätze des römischen Rechts nicht aus dem von Scheurl aufgestellten Grundprincip abgeleitet oder mittelst desselben erklärt werden können. Aber trotzdem scheint mir die Vermuthung nahe zu liegen, daß Scheurl zu seinem Theilungsbegriff in erster Linie durch die unhaltbare Annahme geführt worden ist, daß sich derselbe bei der Erklärung der für Usus und Obligationen geltenden Bestimmungen verwerthen lasse.

Scheurl sucht ja nun allerdings auch seinen Begriff direkt zu rechtfertigen, einmal durch Verweisung auf den Sprach-

gebrauch. Aber dieser schon besprochene Versuch ist so unhaltbar, daß Scheurl wohl schwerlich auf diesem Weg zu seiner Begriffsbildung geführt wurde. Die Behauptung, der Sprachgebrauch rede nur bei Zerlegung in gleiche Theile von Theil, pars, dividere, ist nur dem möglich, der mit einer vorgefaßten Meinung an die Frage herantritt.

Ferner stützt Scheurl seinen Theilungsbegriff auch auf die Anschauung, daß das Wesen der Theilung eben in der Zerlegung in gleiche Elemente besteht. In vielen seiner Ausführungen zeigt sich der Gedanke wirksam, daß an sich das Wesen der Theilung in bestimmter Weise festgestellt werden könne, und daß dann dieser an sich feststehende Theilungsbegriff auch die Bildung des römischen Rechts beherrsche, wird ohne ein Wort der Begründung angenommen. Diese Auffassung ist durch die früheren Ausführungen genügend widerlegt. Die Ausführlichkeit derselben dürfte darin ihre Rechtfertigung finden, daß die bekämpfte Anschauung immer noch häufig vorhanden zu sein scheint. Trotz vielfacher Polemik kehrt in der Litteratur doch die Behandlungsweise wieder, daß von einem an sich gegebenen Begriff ausgegangen wird, als dessen Konsequenzen dann die Entscheidungen des römischen Rechts dargestellt werden. Die verschiedenartigsten Ausdrücke, wie Wesen, Begriff, an sich, eigentlich, innere, wahre Natur, suchen dann die principielle Unklarheit, die der Aufstellung zu Grunde liegt, zu verdecken, während gleichzeitig diese Ausdrücke auf das Bestreben des Verfassers hindeuten, nicht an der Oberfläche der Dinge haften zu bleiben. Ich habe in meiner juristischen Begriffsbildung die Unzulässigkeit dieser Auffassung darzulegen und die Frage zu beantworten gesucht, in welchem Sinn man von dem Wesen juristischer Verhältnisse reden könne, muß aber hier natürlich von einer Wiederholung dieser Ausführungen absehen.

Die bisherigen Erörterungen stehen in einem nahen

Zusammenhang mit principiellen Betrachtungen, die in neuerer Zeit angestellt worden sind. Auf diesen Zusammenhang möchte ich noch etwas näher eingehen.

Bekanntlich hat Ihering in seiner Schrift „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz" die Begriffsjurisprudenz lächerlich gemacht und sich auch schon früher gegen die Ueberschätzung des logischen Elements im Recht ausgesprochen. Wenn eine besondere Rubrik der Begriffsjurisprudenz aufgestellt wird, so wird die von dem Begriff der Theilbarkeit ausgehende Untersuchung Scheurl's unter dieselbe subsumirt werden können, und ich glaube mich so in meiner Polemik der Uebereinstimmung mit Ihering erfreuen zu dürfen. Ich glaube sogar, daß die Lehre von der Theilung der Rechte bessere Beispiele verkehrter Begriffsjurisprudenz enthält, als die Lehre vom Besitz. Denn ich habe mich nicht davon überzeugen können, daß sich die herrschende Lehre in Bezug auf den Besitzwillen in dem Maße von logischen Betrachtungen beeinflussen läßt, wie dies Ihering in seinem Besitzwillen annimmt. Eine nähere Begründung dieser Behauptung ist jedoch hier nicht möglich.

Das Resultat der bisherigen Darstellung dürfte aber auch zu einer Ergänzung, respektive stärkeren Betonung eines von Ihering nicht genügend hervorgehobenen Gesichtspunktes führen.

Am deutlichsten und schärfsten ist die Ihering'sche Auffassung wohl in folgender Stelle des Geistes des römischen Rechts (§ 59) zum Ausdruck gebracht: „Jener ganze Kultus des Logischen, der die Jurisprudenz zu einer Mathematik des Rechts hinaufzuschrauben gedenkt, ist eine Verirrung und beruht auf einer Verkennung des Wesens des Rechts. Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das

Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postulirt, hat zu geschehen, möge es logisch nothwendig oder unmöglich sein." Und an einer anderen Stelle heißt es: „Das praktische Bedürfniß oder das Rechtsgefühl hat den Ausschlag gegeben und die Logik hat sich gefügt."

So sehr ich nun mit dieser Auffassung, namentlich damit einverstanden bin, daß die juristischen Begriffe nur Mittel sein dürfen, deren sich der Gesetzgeber bedient, um materiell werthvolle Resultate zu erzielen, so muß ich doch der in den Jhering'schen Worten enthaltenen Anschauung widersprechen, als ob ein Konflikt zwischen Logik und Leben eintreten und in der Weise seine Erledigung finden könnte, daß die Forderung des Lebens siegt und die Logik nachgiebt. Und diese Anschauung ist auch in der neuesten Kundgebung Jhering's, in seinem Besitzwillen, wieder zum Ausdruck gebracht, wenn er S. 198 Folgendes sagt: „Es ist hier der Ort, mich über die Zumuthung der Unterordnung des Gesetzgebers unter die Logik des Rechts des Weiteren auszulassen. Meiner Ansicht nach ist sein Verhältniß zu ihr einfach das folgende: wo sie zu praktisch annehmbaren Resultaten führt, läßt er sie zu, wo zu anderen, schließt er sie aus."

Alles, was Jhering ausführt, gilt meines Erachtens nur für eine unrichtige Logik. Diese kann sich wohl in Gegensatz zu den Forderungen des Lebens und den Intentionen des Gesetzgebers stellen, und der Letztere wird wohl daran thun, ihre Forderungen nicht zu beachten. Aber eine korrekte Logik verlangt nichts, was das Leben nicht acceptiren könnte. Und andererseits werden Feststellungen, die auf richtigem logischem Weg gemacht sind, allen Anforderungen des Lebens gegenüber aufrecht zu erhalten sein.

Diese Behauptungen dürften in den vorstehenden Erörterungen, namentlich in der Polemik gegen Scheurl, eine

Unterstützung finden. Es ist in denselben wenigstens für die Theilung der Rechte der Nachweis versucht worden, daß es einen an sich feststehenden Begriff der Theilung nicht gibt und daß die Logik, welche aus dem vorangestellten Begriff der Theilbarkeit das Detail abzuleiten und zu erklären versucht, eine unrichtige ist.

Meine Untersuchungen haben andererseits zu Resultaten geführt, welche mir unbedingt, auch jeder Zweckmäßigkeitsforderung gegenüber, festzustehen scheinen. Ob man die betreffenden Untersuchungen als formelle oder logische bezeichnen will, darüber läßt sich wohl streiten, und es kann dies dahingestellt bleiben. Aber die Sätze, daß eine Größenbestimmung durch Theilung nur in Bezug auf eine fixirte Größe möglich ist, daß die Bestimmungen, die das römische Recht für das Miteigenthum aufstellt, sich nicht korrekt und präcis in eine der vorgeschlagenen Formulirungen zusammenfassen lassen, scheinen mir unumstößlich zu sein. Und ich habe auch keinen Zweifel, daß von Seiten der Forderungen des praktischen Lebens niemals der leiseste Versuch gemacht werden wird, diese Sätze anzufechten.

Auf welche Weise und unter welchen Umständen derartige allgemeine, unbedingt geltende Sätze aufgestellt werden können, ist eine schwierige Frage, deren Beantwortung sehr weit führen würde und die ich deshalb hier auf sich beruhen lassen muß. Ich kann auf die Erörterungen in meiner juristischen Begriffsbildung verweisen, wo ich die Frage berührt, wenn auch nicht eingehend behandelt habe. Nur das mag noch hervorgehoben werden, daß Sätze, wie der erst ausgeführte über die Möglichkeit der Größenbestimmung durch Theilung, nicht blos für ein einzelnes positives Recht, sondern gleichmäßig für jede Rechtsordnung gelten. Die Feststellung allgemein gültiger Sätze ist deshalb durchaus nicht von so komplicirten und schwer

erfüllbaren Voraussetzungen abhängig, wie dies Bekker in seiner Rede über den Streit der historischen und philosophischen Rechtsschule (S. 21) annimmt (zu vergl. auch Zitelmann, Weltrecht).

Einfacher als die positive Feststellung, wie zu allgemein gültigen Sätzen auf dem Gebiet des Rechts zu gelangen ist, dürften einige negative Behauptungen sein, durch welche das über das Verhältniß von Logik und praktischem Bedürfniß Gesagte ebenfalls eine Bestätigung findet.

Zunächst ist hier an die schon öfters gemachte Behauptung zu erinnern, daß es keine für sich feststehende Welt von Rechtsbegriffen gibt, welchen irgend ein Anspruch auf Geltung zukommt, und aus denen die Detailsätze der einzelnen Lehren auf dem Weg logischer Deduktion abgeleitet werden können. Der Beweis hierfür ist hier für die Theilung der Rechte, in meiner juristischen Begriffsbildung aber im Allgemeinen erbracht.

Wichtiger ist vielleicht noch der andere negative Satz, daß es keine irgendwie begründbare Forderung der Konsequenz gibt. Wenn von irgend einem allgemeinen Satz eine Ausnahme statuirt wird, so sagt die Logik nichts Weiteres, als daß der partielle Widerspruch der beiden Sätze, eben das Verhältniß von Regel und Ausnahme vorhanden sei, und diesen Ausspruch wird die Logik auch keiner Anforderung des praktischen Lebens gegenüber zurücknehmen. Aber darüber, ob der die Ausnahme bildende Satz neben der allgemeinen Regel gelten soll, sagt die Logik nichts. Die Denk- und Redeform, die von Regel und Ausnahme spricht, ist weit entfernt davon, etwas Unlogisches zu sein, es gibt vielmehr viele Fälle, wo sie das einzige Mittel eines bequemen und korrekten Ausdrucks bildet. Die Rücksicht auf die Uebersichtlichkeit der Rechtsordnung ist das Einzige, was gegen zu häufige Statuirung von Ausnahmen angeführt werden kann. Aber diese Erwägung,

die übrigens eher eine praktische als eine logische ist, wird niemals gewichtigen praktischen Forderungen gegenüber ausschlaggebend sein. Jedenfalls aber wird man niemals in dieser Richtung von einem Konflikt zwischen Logik und Leben reden können.

Die Beispiele, die Ihering in seinem Besitzwillen (S. 198 u. 199) dafür anführt, daß der Gesetzgeber unter Umständen die Forderungen der Logik nicht beachtet, sind sämmtlich der Art, daß es sich bei ihnen um die Ablehnung der konsequenten Durchführung eines allgemeinen Princips und um Statuirung von Ausnahmen handelt. Es ist deshalb zu vermuthen, daß Ihering bei dem oben angeführten Satz, wonach der Gesetzgeber die Forderungen der Logik nur so weit zu beachten hat, als ihm dies paßt, nur an die konsequente Durchführung einmal aufgestellter Sätze und an die Statuirung von Ausnahmen denkt, und in dieser Beziehung ist seine Behauptung natürlich richtig.

Von einem Konflikt zwischen Logik und Leben wird man am ehesten dann reden können, wenn aus dem Wortlaut der Rechtssätze sich auf dem Weg logischer Deduktion Resultate ableiten lassen, gegen die sich aus irgend welchem Grund materielle Bedenken erheben. Die Letzteren können mit Rücksicht auf die Heiligkeit der Gesetzesworte nicht ohne weiteres ausschlaggebend sein. Daß aber das logisch Konsequente dem praktisch Werthvollen stets vorzugehen habe, wird sich auch nicht behaupten lassen. Der Gesetzgeber will und muß wollen, daß auch die Konsequenzen seiner Rechtssätze realisirt werden und daß mit seinen Worten ein vernünftiger und zweckmäßiger Sinn verbunden wird. Möglich ist nun, daß die beiden Forderungen nicht zugleich realisirt werden können, und daß so ein Konflikt entsteht, von dem es übrigens zweifelhaft ist, ob man ihn als einen Konflikt von Logik und Forderungen des Lebens

bezeichnen kann. Denn genau genommen fordert die Logik nichts, sie sagt nur, was konsequent ist; bei diesem Ausspruch beharrt sie natürlich unter allen Umständen, aber sie schweigt darüber, ob die praktisch werthlose Konsequenz auch realisirt werden soll, so daß eher ein Konflikt praktischer Erwägungen mit der Forderung der Heilighaltung der Gesetzesworte vorliegt. Allgemeine Regeln über die Lösung derartiger Konflikte werden sich übrigens schwer aufstellen lassen.

Durch das Vorstehende dürfte die Behauptung, daß ein Konflikt zwischen Logik und Leben nicht vorhanden ist, daß die Logik niemals sich vor den Anforderungen des praktischen Lebens zu beugen hat, genügend begründet sein. Es ist deshalb unrichtig, wenn Ihering von einer Verirrung redet, die in einem übertriebenen Kultus des Logischen besteht. Wenn Ihering in seinem Scherz und Ernst in der Jurisprudenz logische Sorgfalt und Präcision verspottet, so ist das um so mehr zu bedauern, als sich wohl der eine oder andere instinktiv von dieser Polemik gegen die Logik angezogen fühlt. Die Vorwürfe, die Ihering den logischen Operationen macht, treffen nur die inkorrekte Logik. Bei den Beispielen formaler Jurisprudenz, über die sich Ihering in seinem Begriffshimmel lustig macht, liegen die Fehler der Argumentation so sehr auf der Hand, daß es sich nicht verlohnt, näher darauf einzugehen. Daß es sich aber nur um die Verwerfung einer unrichtigen Logik handelt, wird von Ihering weder im Scherz und Ernst, noch im Geist des römischen Rechts, noch im Besitzwillen gesagt, obgleich dies gerade das Wichtigste ist. Die Forderung wird deshalb nicht lauten: weniger Logik, sondern nur: bessere Logik.

Damit wird sich wohl auch Ihering einverstanden erklären. Denn wie man auch über die Mittel und Wege denken mag, durch die und auf denen ein Fortschritt in der

wissenschaftlichen Behandlung des Rechts zu erzielen ist, so wird doch kaum ernsthaft zu bestreiten sein, daß eine korrekte und präcise logische Behandlung der Fragen die erste und unentbehrliche Voraussetzung jedes Fortschritts bildet. Dies ist so selbstverständlich, daß eine besondere Betonung kaum erforderlich wäre, wenn nicht wenigstens indirekt ein Angriff gegen die Forderung logischer Präcision erfolgt wäre.

Ein **judicium communi dividundo** zwischen logischen und materiellen Betrachtungen wird nun allerdings nicht in der Weise eintreten können, daß die beiden Untersuchungsarten faktisch vollständig getrennt werden. Aber es wird trotzdem empfehlenswerth sein, innerhalb der einzelnen Untersuchung die logischen und formalen Betrachtungen von den Zweckmäßigkeitserwägungen zu sondern, insbesondere festzustellen, zu welchen Resultaten und Forderungen die ersteren führen. Daß die logischen Verhältnisse des Rechtssystems klar gelegt werden, ist eine Forderung, die keiner weiteren Begründung bedarf. Außerdem kommt aber in Betracht, daß die Resultate der logischen oder formalen Betrachtungsweise unter Umständen der Art sind, daß sie durch keine Zweckmäßigkeitserwägungen umgestoßen werden können. Hierfür sind im Vorstehenden Beispiele gegeben worden. Wenn gegen einen auf logische oder formale Gründe gestützten Satz mit Zweckmäßigkeitsgründen vorgegangen wird, so wird der Streit zu keinem sichern und unbestreitbaren Resultat führen, während ein solches dann erreicht wird, wenn die logischen Operationen in einer unanfechtbaren Weise durchgeführt werden. Jeder Streit wird namentlich dann aufhören, wenn, was häufig der Fall sein wird, der Nachweis gelingt, daß die den Zweckmäßigkeitserwägungen entgegengesetzten formalen Argumentationen unrichtige sind.

Bestrebungen, die sich der logischen oder formalen Seite

des Rechts zuwenden, stehen mit der Anschauung, welche eine größere Betonung des Zweckmäßigkeitsmoments fordert, durchaus nicht im Widerspruch, sie werden im Gegentheil dieselbe auf das wirksamste zu unterstützen vermögen. Eine Berichtigung der logischen Operationen kann sowohl zu einer Ausdehnung als zu einer Einschränkung des Gebiets führen, auf welchem die Logik von entscheidendem Einfluß auf die Gestaltung der Rechtsordnung ist. Und zwar scheint mir die Einschränkung ungleich wahrscheinlicher zu sein als die Ausdehnung. Daß durch logische Betrachtungen werthvolle Resultate gewonnen, neue überraschende Wahrheiten gefunden werden, ist möglich, aber nicht wahrscheinlich. Die Erfolge werden vermuthlich nur darin bestehen, daß eine Klärung und Vereinfachung der Anschauungen erzielt wird, daß falsche Deduktionen, auf unrichtige logische Betrachtungen gestützte Forderungen beseitigt werden. Dies ist wenigstens der Hauptsache nach das Resultat der im Vorstehenden und in meiner Theilung der Rechte enthaltenen logischen Untersuchungen. Dieselben haben nur zu einem Satz geführt, der unumstößlich feststeht, daß nämlich eine Größenbestimmung durch Theilung nur in Bezug auf eine fixirte Größe möglich ist. Im Uebrigen haben sie die Unhaltbarkeit der Bestrebungen nachgewiesen, welche aus einzelnen irgendwie festgestellten Sätzen des Detail der Lehre ableiten wollen. Und wenn ein umfangreicher Begriffsapparat aufgestellt wurde, so geschah dies nicht, um aus demselben irgend welche Forderungen zu ziehen, sondern nur, um denselben als brauchbar für die Darstellung und Erklärung des geltenden Rechts vorzuschlagen.

VII.

Da der Werth der von mir vorgeschlagenen Begriffsbildung in erster Linie auf dem Gebiet der systematischen Darstellung und Erklärung liegt, so wird dieselbe für die Sprache des Gesetzgebers eine geringere Bedeutung haben. Es erscheint aber trotzdem angezeigt, die einschlagenden Bestimmungen des Entwurfs hier einer Besprechung zu unterziehen, da wenigstens an einigen Stellen ein Zusammenhang mit den im Vorstehenden erörterten allgemeinen Fragen stattfindet.

Wer sich mit der legislatorischen Behandlung schwieriger Materien befaßt, der wird wohl seltsam angemuthet, wenn er in allgemein gehaltenen Erörterungen über den Entwurf der mit großer Lebhaftigkeit vorgetragenen Forderung der Volksthümlichkeit begegnet. Es ist mir nicht gelungen, eine für Juristen leicht verständliche Darstellung der Lehre von der Theilung der Rechte zu geben, und ich muß deshalb von vornherein darauf verzichten, Formulirungen von Gesetzesparagraphen vorzuschlagen, die dem Laien verständlich sind. Daß dies auf dem hier behandelten Gebiet wie auf vielen andern nicht möglich ist, wird Jeder einsehen, der sich mit einer einzelnen Frage eingehend beschäftigt und eigene Formulirungsversuche gemacht hat. Es scheint überhaupt verfehlt, die Forderung der Volksthümlichkeit im Allgemeinen als eine solche aufzustellen, die der Gesetzgeber besonders zu berücksichtigen hat. Daß es als ein Vortheil zu betrachten ist, wenn der Wortlaut des Gesetzes so einfach ist, daß auch der Laie dasselbe verstehen kann, daß die einfachste und klarste Ausdrucksweise zugleich auch die beste ist, dürfte ebenso unbestreitbar sein wie die Behauptung, daß dieses Resultat sehr häufig nicht erzielt werden kann. Wenn der Gesetzgeber für die beste Bestimmung den besten Ausdruck gefunden hat, so wird damit das

Gesetz so weit volksthümlich geworden sein, als dies möglich ist, ohne daß der Gesetzgeber die Volksthümlichkeit besonders anzustreben hat.

Mit der Forderung der Volksthümlichkeit steht die andere in nahem Zusammenhang, daß die Rechtssätze in größerem Umfang, als dies bei dem jetzigen Entwurf der Fall ist, deutschen Ursprungs sein sollen. Dieselbe scheint mir aber noch weniger begründet als die der Volksthümlichkeit. Daß jeder Rechtssatz, der aufgenommen werden soll, den heutigen Anschauungen und Bedürfnissen entsprechen muß, ist eine berechtigte Forderung; aber das kann bei den seit Jahrhunderten in Geltung befindlichen Sätzen des römischen Rechts genau ebenso der Fall sein wie bei denen, welche aus dem deutschen Recht stammen. Auch hier kann die Weisung für den Gesetzgeber nur die sein, die besten Rechtssätze auszusuchen; ob dieselben aber zuerst in den zwölf Tafeln oder im Sachsenspiegel oder sonstwo verzeichnet sind, das ist ebenso gleichgültig wie der Einband der Bücher, deren sich die Kommission bedient. Die einzigen Personen, die daran interessirt sind, ob mehr römisches oder deutsches Recht in das Gesetzbuch aufgenommen wird, sind die Docenten, welche Vorlesungen über römische und deutsche Rechtsgeschichte zu halten haben, da die Wichtigkeit ihrer Vorlesungen von der betreffenden Entscheidung abhängig ist. Romanisten, welche die Forderung aufstellen, daß Rechtssätze eben deshalb, weil sie aus Rom stammen, in das Gesetzbuch aufgenommen werden, gibt es meines Wissens nicht und kann es wohl auch nicht geben. Daß auf germanistischer Seite derartige Forderungen aufgestellt werden, ist nur deshalb möglich, weil hier ein Schein von Patriotismus die mangelhafte Begründung deckt. Solche Wünsche passen zur Noth in den Trompeter von Säckingen; in der Diskussion über das bürgerliche Gesetzbuch, bei der genug Streitobjekte

vorhanden sind, kann der Gegensatz von Romanisten und Germanisten füglich unbeachtet bleiben.

Bei der Besprechung der Bestimmungen des Entwurfs werde ich zunächst die formelle Frage ins Auge fassen, inwieweit die materiellen Bestimmungen, die getroffen werden sollen, einen deutlichen Ausdruck und eine angemessene Anordnung gefunden haben. Erst in zweiter Linie soll eine materielle Prüfung erfolgen.

Ich wende mich zunächst zum Miteigenthum und Mitbesitz, um dann die Theilung bei Servituten und Forderungsrechten ins Auge zu fassen.

Die wichtigsten Bestimmungen über das Miteigenthum finden sich nicht in den dieser Lehre gewidmeten Paragraphen 946—951, sondern in denen über die Gemeinschaft 762—773.

Gegen den einleitenden Paragraphen 762 habe ich nur einzuwenden, daß er etwas zu umständlich ausgefallen ist. Der Paragraph könnte ohne Schaden ganz wegfallen, jedenfalls ist aber das Wort Gemeinschaft zu streichen. In Bezug auf die §§ 767—771, welche sich mit der Aufhebung der Gemeinschaft beschäftigen, habe ich nichts zu erinnern, meine Bedenken richten sich nur gegen die übrigen Paragraphen, welche sich mit der Regulirung der bestehenden Gemeinschaft befassen.

Einfach und nicht zu beanstanden ist der erste Satz des § 763, welcher bestimmt, daß jeder Theilhaber über seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Gegenstand verfügen kann. Damit scheint mir auch schon gesagt zu sein, daß über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen nur von allen Theilhabern gemeinschaftlich verfügt werden kann. Der zweite Satz des Paragraphen, der dies noch einmal ausdrücklich sagt, ist überflüssig und kann wegbleiben.

Schwieriger und komplicirter sind die Bestimmungen über Gebrauch und Veränderung des gemeinschaftlichen Gegenstands.

Sofern allerdings eine unbegrenzte Gebrauchsmöglichkeit vorhanden ist, ist es wohl selbstverständlich, daß jeder Miteigenthümer die Sache ohne weiteres benutzen darf, daß also z. B. jeder Miteigenthümer in dem gemeinschaftlichen Park spazieren gehen darf. Ist aber die Gebrauchsmöglichkeit eine begrenzte, wie z. B. beim Bewohnen eines Hauses, so muß eine Verständigung zwischen den Miteigenthümern stattfinden, wenn sie dasselbe zusammen bewohnen wollen. Meines Erachtens spricht man hier richtig von Theilung des Gebrauchs, oder genauer von einer Durchführung der Theilung des Gebrauchs. Wenn nun auch gegen diese Bezeichnung Widerspruch erhoben wird, so muß doch jedenfalls die Auseinandersetzung selbst als vorkommend und deshalb die Frage als berechtigt anerkannt werden, wie sich der Gesetzgeber zu derselben stellt.

Der § 765 beschäftigt sich mit dem Gebrauch der Miteigenthümer bei bestehender Gemeinschaft. Der Absatz 2 lautet:

„Jeder Theilhaber ist zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstands insoweit befugt, als dadurch der Mitgebrauch der übrigen Theilnehmer nicht beeinträchtigt wird."

Damit soll natürlich gesagt sein, daß bei unbegrenzter Gebrauchsmöglichkeit Jeder die Sache benutzen kann. Ob aber bei beschränkter Gebrauchsmöglichkeit eine einseitige Durchführung der Theilung zulässig ist, vorausgesetzt, daß der Gegner nicht übervortheilt wird, ist nicht in ganz unzweifelhafter Weise zum Ausdruck gebracht. Darf ein Miteigenthümer des gemeinschaftlichen Hauses in das eine, ich will sagen, minderwerthige Stockwerk ohne weiteres einziehen? Man kann sagen, ja, denn der Mitgebrauch des andern Theilhabers ist nicht beeinträchtigt, es bleibt ja ein besseres Stockwerk für ihn frei. Man kann auch sagen, nein, denn er kann den vom Gegner bezogenen Theil nicht benutzen, jedenfalls hat er nicht wie der erst Einziehende die freie Wahl des Stockwerks. Es ist mir

nun allerdings wahrscheinlich, daß die letztere Annahme der Intention der Kommission entspricht. Es bestimmt mich aber hierbei weniger der Wortlaut des Paragraphen, als die Erwägung, daß eine Bestimmung, die bei der Durchführung der Theilung des Gebrauchs die Prävention entscheiden läßt, kaum zu rechtfertigen ist. Die Zweifel in dieser Richtung würden ausgeschlossen, wenn der Majoritätsbeschluß ausdrücklich in Bezug auf die Theilung des Gebrauchs für zulässig erklärt würde. Denn damit wäre deutlich gesagt, daß ein Theilhaber die Theilung nicht einseitig durchführen kann.

Eine derartige Bestimmung soll vielleicht in § 765 Abs. 3 enthalten sein; denn man wird die Durchführung der Theilung wohl unter die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes subsumiren können; aber diese Subsumtion kann doch auch nicht als nothwendig und unzweifelhaft bezeichnet werden. Es dürften sich wohl überhaupt Bedenken gegen die Verwendung des Wortes Verwaltung im § 765 ergeben. Denn wenn der Ausdruck auch schon bisher in der Gesetzgebung in ähnlicher Weise verwendet worden ist, so ist er doch sprachlich nicht ganz korrekt. Man verwaltet ein Vermögen, ein Landgut, zur Noth kann man vielleicht noch sagen ein Haus; auch von einem Verwalter des Schlachtfeldes ist an bekannter Stelle gesprochen worden. Man kann aber nicht von Verwaltung einer einzelnen Sache reden; dem Studenten, der einen Pudel seiner Verbindung zu führen hat, wird nicht die Verwaltung des Pudels übertragen. Darüber könnte man allerdings hinwegsehen; aber weil es sprachlich nicht korrekt ist, von der Verwaltung eines Gegenstandes zu reden, so sagt der Ausdruck Verwaltung auch nichts Bestimmtes darüber, was im Einzelnen zur Verwaltung gehört und in welchem Umfang der Absatz 3 des § 765 Anwendung findet. Es ist deshalb wünschenswerth, im Einzelnen, zunächst in Bezug auf die Durchführung

der Theilung, aber auch noch in anderer, später zu besprechender Beziehung, genauer anzugeben, was unter die Verwaltung fällt, wobei der Ausdruck immerhin zur Zusammenfassung dessen verwendet werden kann, was durch Majoritätsbeschluß zu regeln ist.

Wenn übrigens der Absatz 3 des § 765 festsetzt, daß in gewissem Umfang ein Majoritätsbeschluß die Verwaltung reguliren kann, so ist es überflüssig, im Absatz 1 desselben Paragraphen zu sagen, daß die Verwaltung nur allen Theilhabern gemeinschaftlich zusteht. Dieser Satz wird durch den Absatz 3 in gewissem Umfang beseitigt. Daß die übereinstimmenden Theilhaber in jeder beliebigen Weise verwalten können, daß bei Fehlen eines gültigen Majoritätsbeschlusses ein Theilhaber nicht für sich allein verwalten kann, ist selbstverständlich und bedarf keiner Erwähnung.

In Bezug auf thatsächliche Veränderung der gemeinschaftlichen Sache bestimmt zunächst der letzte Satz des § 763, daß eine solche nur von allen Theilhabern gemeinschaftlich vorgenommen werden kann. Da aber nach § 766 jeder Theilhaber verpflichtet ist, die zur Erhaltung der Sache nothwendigen Kosten pro rata zu tragen, so wird angenommen werden dürfen, daß eine zur Erhaltung der Sache nöthige Veränderung auch von einem Theilhaber allein vorgenommen werden darf. Und fallen die Veränderungen der Sache nicht auch in gewissem Umfang unter den Begriff der Verwaltung? Diesem Ausdruck selbst wird zwar kaum eine bestimmte Beantwortung der Frage zu entnehmen sein, aber dieselbe wird doch bejahend ausfallen müssen. Denn wenn etwas sicher unter den Begriff der Verwaltung fällt, so ist es die Entscheidung über die Art der Benutzung der gemeinschaftlichen Sache; und nun wäre es doch ein seltsames Verhältniß, wenn die Majorität zwar eine bestimmte Art der Verwendung beschließen,

aber die hierzu nöthigen Vorrichtungen, auch wenn sie nicht tief eingreifend sind, nicht durchsetzen könnte.

Wenn hiernach anzunehmen ist, daß die Majorität auch Veränderungen der Sache beschließen kann, so wird doch eine scharfe Grenzlinie zwischen den zu beschließenden und nicht zu beschließenden Veränderungen nicht gezogen werden können. Es wird in letzter Instanz doch darauf hinauskommen, daß nur unerhebliche Veränderungen beschlossen werden können, und daß das richterliche Ermessen zu entscheiden hat, ob die einzelne Veränderung als unerheblich zu betrachten ist. Zu diesem Resultat würde man wohl auch von dem Wortlaut des § 765 aus gelangen, aber es wäre meines Erachtens doch deutlicher, wenn Majoritätsbeschlüsse direkt in Bezug auf unerhebliche Veränderungen als zulässig bezeichnet würden.

Da nun aber nach dem Vorstehenden auch Veränderungen von einem Theilhaber oder von der Majorität herbeigeführt werden können, so ist es unrichtig, im § 763 zu sagen, daß eine thatsächliche Veränderung des Gegenstandes nur von allen Theilhabern der Sache verfügt werden kann. Die einzelnen Bestimmungen stehen besser im Einklang, wenn gesagt wird, daß ein Theilhaber für sich allein die Sache nicht verändern darf, wovon dann wieder für den Fall der Erhaltung der Sache eine Ausnahme zu statuiren ist.

Schließlich sind noch Bedenken gegen die Anordnung der besprochenen Bestimmungen vorzubringen. Zweifellos dürfte sein, daß der § 764, welcher bestimmt, daß die Antheile im Zweifel gleich sind, vor den § 763 gehört. Dann würde es mir besser gefallen, wenn der Erwerb der Früchte, die Veränderung der Sache, Gebrauch derselben, Majoritätsbeschlüsse in dieser Reihenfolge in selbständigen Paragraphen behandelt würden.

Unter Berücksichtigung des Vorstehenden würden sich folgende Paragraphen ergeben, die an Stelle der §§ 762—765 zu treten hätten.

§ a.

Bei einer Gemeinschaft nach Bruchtheilen sind im Zweifel gleiche Theile der Theilhaber anzunehmen.

§ b.

Jeder Theilhaber kann über seinen Antheil verfügen.

§ c.

Jedem Theilhaber gebührt ein entsprechender Bruchtheil der Früchte.

§ d.

Ein Theilhaber darf den gemeinschaftlichen Gegenstand nur dann verändern, wenn dies zur Erhaltung desselben erforderlich ist.

§ e.

Jeder Theilhaber ist zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als dadurch der Mitgebrauch der übrigen Theilhaber nicht beeinträchtigt wird.

In Bezug auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes sind Majoritätsbeschlüsse (Beschlüsse durch Stimmenmehrheit) zulässig. Es darf dabei weder die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters, noch das Recht eines Theilhabers auf den ihm gebührenden Antheil an den Nutzungen verletzt werden. Der Majoritätsbeschluß ist namentlich in Bezug auf die Art und Theilung des Gebrauchs, sowie in Bezug auf unerhebliche Veränderungen zulässig.

In materieller Beziehung habe ich gegen die Bestimmungen des Entwurfs wenig einzuwenden. Dieselben schließen sich der Hauptsache nach dem gemeinen Recht an; die wichtigsten Abweichungen von demselben bestehen in der Zulassung von Majoritätsbeschlüssen sowie darin, daß auf Regulirung

der Gemeinschaft nur dann geklagt werden kann, wenn die Aufhebung der Gemeinschaft nicht möglich ist. In beiden Bestimmungen wird man eine Verbesserung des gemeinen Rechts erblicken können. Dies ist in Bezug auf den zweiten Punkt noch besonders zu begründen. Wenn die Klage auf Regulirung der Gemeinschaft nach gemeinem Recht stets zulässig ist, so ist damit die Gefahr verbunden, daß dem Richter eine unnöthige Arbeit aufgebürdet wird, da die Parteien sofort nach dem Proceß die Gemeinschaft aufheben und damit das gefällte Urtheil außer Wirksamkeit setzen können. Dies wird durch den § 772 ausgeschlossen, aber andererseits ermöglicht derselbe doch den Theilhabern, zu einem die Gemeinschaft regulirenden Urtheil zu gelangen, obgleich für ein solches bei der Zulässigkeit der Majoritätsbeschlüsse ein geringeres Bedürfniß vorhanden ist als nach gemeinem Recht. Die Theilhaber brauchen nur für bestimmte Zeit die Aufhebung der Gemeinschaft durch Rechtsgeschäft auszuschließen, um eine Klage auf Grund des § 772 zu ermöglichen.

Bei einem andern Punkt ist es mir zweifelhaft, ob die Abweichung vom gemeinen Recht ebenso gerechtfertigt ist. Der Entwurf bestimmt nicht ausdrücklich, was zu geschehen hat, wenn ein Miteigenthümer in unzulässiger Weise die Sache verändert hat, und es wird deshalb anzunehmen sein, daß die Veränderung rückgängig zu machen ist und daß außerdem eventuell Schadenersatz gefordert werden kann. Nach gemeinem Recht kann ein Miteigenthümer Restitution nur verlangen, si modo toti societati prodest, opus tolli, und er ist mit dieser Forderung auch dann ausgeschlossen, wenn er in der Lage war, Einspruch zu erheben, und dies nicht gethan hat.

Hier dürfte sich vielleicht die Frage aufwerfen lassen, ob eine Beibehaltung der gemeinrechtlichen Bestimmungen nicht empfehlenswerth wäre. Soweit allerdings in Bezug auf Ver-

änderung ein Majoritätsbeschluß zulässig ist, kann eben darin ein Grund für die Bestimmungen des Entwurfs gefunden werden. Wenn der einzelne Miteigenthümer angemessen erscheinende Veränderungen durch einen Majoritätsbeschluß herbeiführen kann, so hat er um so weniger Grund, eigenmächtig vorzugehen. Und eventuell kann er auch nachträglich einen Majoritätsbeschluß erwirken, der auf Erhaltung der getroffenen Veränderung gerichtet ist. Aber es können doch nicht alle Veränderungen der Sache durch Stimmenmehrheit beschlossen werden. Gegen den ersten Satz, daß die Restitution nur, si societati prodest, erzwungen werden kann, spricht nun allerdings noch, daß die Entscheidung über das Vorhandensein dieser Voraussetzung häufig schwierig und zweifelhaft sein wird, so daß hier vielleicht die gegen die gemeinrechtliche Behandlung sprechenden Gründe überwiegen. Aber sollte nicht wenigstens der an zweiter Stelle angeführte römische Satz beibehalten werden? Die betreffende Bestimmung muß in das Gesetzbuch aufgenommen werden, wenn sie gelten soll; man kann nicht das Resultat des römischen Rechts durch die Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung erreichen, denn man wird nicht sagen können, daß der Miteigenthümer, der in der Lage ist, gegen eine Veränderung Einspruch zu erheben, und dies nicht thut, damit stets seine Einwilligung ertheilt. Andererseits wird aber doch nicht in Abrede zu stellen sein, daß der Theilhaber, der den andern Theilhaber eine vielleicht kostspielige Veränderung ruhig vornehmen läßt, um nach Vollendung derselben Restitution zu verlangen, nicht korrekt und loyal handelt; es wird für ihn jedenfalls keine Härte darin liegen, wenn er nachträglich nicht mehr Restitution verlangen kann. Und wird nicht der Verkehr zwischen den Miteigenthümern vereinfacht und erleichtert, wenn der Satz: qui tacet, consentire videtur für ihr Verhältniß Geltung erhält?

Während in dem bisher besprochenen Fall die Abweichung vom gemeinen Recht Bedenken erregt, habe ich an einer Stelle gegen den Anschluß an das römische Recht Einsprache zu erheben (zu vergl. auch Motive zu § 766). Die Motive zu § 759 bemerken, daß auf die Miteigenthümer die Vorschriften über negotiorum gestio keine Anwendung finden, und es wird in dieser Richtung in erster Linie auf das gemeine Recht Bezug genommen. Daß Letzteres diese Bestimmung enthält, ist nicht in Abrede zu stellen, aber die Bedeutung derselben ist im gemeinen Recht eine andere als im Entwurf. Wenn auch darüber Streit besteht, in welchem Umfang der Miteigenthümer nach gemeinem Recht Ersatz gemachter Auslagen verlangen kann (zu vergl. Windscheid, Pandekten II § 449 N. 10, Dernburg, Pandekten I § 197 N. 9), so wird man doch behaupten können, daß die actio communi dividundo stets statthaft ist, wenn zwischen Nichtmiteigenthümern die actio negotiorum gestorum contraria anstellbar wäre. Brinz (Pandekten II S. 673) stellt gerade hierauf ab. Der Satz des römischen Rechtes, daß actio communi dividundo, nicht actio negotiorum gestorum anstellbar ist, hat mithin nur die Bedeutung, daß im Einzelnen, namentlich in Bezug auf die zu prästirende diligentia, das Recht des Miteigenthums und nicht das der negotiorum gestio zur Anwendung kommt. Anders liegt die Sache im Entwurf. Derselbe erklärt die actio negotiorum gestorum contraria für anwendbar (§ 753), wenn anzunehmen ist, daß das Verhalten des Geschäftsführers von dem Geschäftsherrn bei Kenntniß der wirklichen Sachlage gebilligt worden wäre, während der § 766 dem Miteigenthümer nur in Bezug auf die Kosten der Erhaltung, Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache einen Ersatzanspruch ertheilt, respektive eine Verpflichtung auferlegt. Die Voraussetzungen für den Ersatz bei der negotiorum gestio

sind deshalb weiter gefaßt als beim Miteigenthum. Wenn ich für meinen abwesenden Nachbar und meinen abwesenden Miteigenthümer dieselbe Auslage mache, z. B. zur Dekoration oder Illumination des Hauses bei irgend einer festlichen Gelegenheit, so kann ich nach den angeführten Bestimmungen wohl von dem Ersteren, aber nicht von dem Letzteren Ersatz verlangen. Das scheint mir ein seltsames, kaum annehmbares Resultat zu sein. Die Ersatzklage zwischen den Miteigenthümern bedarf bei der Einschränkung, die sie im Entwurf gefunden, der Ergänzung durch die negotiorum gestio, wobei natürlich die Klage aus der Gemeinschaft als selbständige Klage mit ihren eigenen Voraussetzungen bestehen bleibt. Der Gedanke, den die Motive zu § 766 ausführen, daß nämlich der in diesem Paragraphen statuirte Ersatzanspruch von den Voraussetzungen der negotiorum gestio unabhängig ist, kommt demnach unverändert zur Durchführung. Es wäre vielleicht nicht überflüssig, diese Ergänzung im Gesetzbuch zu statuiren. Wenn es nicht geschieht, so wird sich wohl Streit darüber erheben, ob die Bemerkung der Motive ausreicht, um die actio negotiorum gestorum contraria zwischen Miteigenthümern auszuschließen. Denn wenn man auch geneigt ist, den Motiven Bedeutung für die Auslegung einzuräumen, so wird das doch vielleicht gerade an dieser Stelle nicht geschehen, da die Darstellung der Motive hier nicht den Eindruck macht, daß sie auf einer vollständigen Erkenntniß der in Betracht kommenden Verhältnisse beruht.

Erheblichere Bedenken als gegen die die Gemeinschaft regulirenden Paragraphen erheben sich wohl gegen den § 817, der den Mitbesitz behandelt und folgendermaßen lautet:

„Haben Mehrere eine Sache oder den Theil einer Sache gemeinschaftlich inne, so sind Handlungen eines Theilhabers, welche über die im § 765 bezeichnete Gebrauchsbefugniß hinaus-

gehen oder einen andern Theilhaber in dieser Gebrauchsbefugniß hindern, als verbotene Eigenmacht anzusehen."

Die Motive führen als Grund dieser Behandlungsweise an, daß eine große Härte für die Genossen darin liegen würde, wenn ein Theilhaber seinen Widerspruch gegen die gesetzlich geregelte Art der Mitbenutzung gewaltsam durchsetzen dürfte. Diese Argumentation scheint von der unhaltbaren Auffassung auszugehen, daß in dem § 765 eine einfache, klare, keiner weiteren Ergänzung bedürftige Regulirung des Verhältnisses der Theilhaber gegeben sei. Dies ist aber keineswegs der Fall. Denn wenn der genannte Paragraph bestimmt, daß jeder Theilhaber zum Gebrauch so weit befugt sei, als dadurch der Mitgebrauch der andern Theilhaber nicht beeinträchtigt wird, so ist damit nach den obigen Ausführungen nur gesagt, daß jeder Miteigenthümer die Sache ohne weiteres gebrauchen darf, soweit eine unbeschränkte Gebrauchsmöglichkeit vorhanden ist. Bei dem wichtigeren Fall der beschränkten Gebrauchsmöglichkeit, bei dem eine Theilung des Gebrauchs einzutreten hat, sind die Parteien auf eine Verständigung oder auf einen Majoritätsbeschluß verwiesen. Solange eine Regulirung nicht auf die eine oder andere Weise erfolgt, darf Keiner die gemeinschaftliche Sache benutzen.

In welchem Umfang soll nun hier verbotene Eigenmacht anzunehmen sein? Soll etwa der ganze Inhalt des § 765 durch den § 817 die sanctio erhalten, daß ein Zuwiderhandeln gegen denselben verbotene Eigenmacht ist? Dann begeht also derjenige, der sich der Ausführung des Majoritätsbeschlusses widersetzt, eine verbotene Eigenmacht. Wenn aber der Beschluß die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters oder das Recht eines Theilhabers auf die Nutzungen verletzt, so würde die Majorität, die zur Ausführung schreitet, mit verbotener Eigenmacht handeln. Dies wird wohl kaum der Sinn des

§ 817 sein, denn das Vorhandensein verbotener Eigenmacht kann nicht von so komplicirten und schwer zu beurtheilenden Voraussetzungen abhängig gemacht sein.

Wenn aber angenommen wird, daß nur die Bestimmung über den Gebrauch im Absatz 2 des § 765 unter den Schutz des § 817 gestellt werden soll, so ergeben sich auch wieder Schwierigkeiten. Denn wenn jeder Gebrauch, bei dem nicht gleicher Gebrauch eines andern Theilhabers möglich ist, als verbotene Eigenmacht erscheint, so kann auch nach erfolgtem und durchgeführtem Majoritätsbeschluß die Benutzung eines Theilhabers als verbotene Eigenmacht behandelt werden.

Aus diesen Schwierigkeiten geht meines Erachtens deutlich hervor, wie bedenklich es ist, possessorischen Schutz statt an die thatsächlich gegebenen Verhältnisse an komplicirte Rechtsvorschriften zu knüpfen, so daß demjenigen die Rolle des Besitzstörers zufällt, welcher den betreffenden Bestimmungen nicht nachkommt.

Statt dessen scheint es mir angezeigt, die Bestimmungen über die Gemeinschaft auch auf den Mitbesitz, respektive die Mitinhabung anzuwenden und außerdem das thatsächliche Verhältniß, in dem sich die Mitinhaber befinden, possessorisch zu schützen. (Uebereinstimmend Wendt, Archiv für die civilistische Praxis, B. 74, S. 168.)

Daß die Bestimmungen über die Gemeinschaft auch auf das Verhältniß mehrerer Mitinhaber einer Sache Anwendung finden, scheinen die Motive anzunehmen; sie bemerken zu § 817 Folgendes: „Die Innehabung ist, wenn auch nicht ein Recht, doch ein Gegenstand, welcher mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen kann, da der Entwurf den Begriff der Gemeinschaft nicht auf die Rechtsgemeinschaft beschränkt.“ Nun beginnt aber der Abschnitt über die Gemeinschaft in § 762 mit den Worten: „Steht ein Recht ungetheilt mehreren

Personen gemeinschaftlich zu." Hierin scheint doch zu liegen, daß die folgenden Vorschriften nur auf die Rechtsgemeinschaft Anwendung finden sollen. Und wenn nun die Motive mit Rücksicht darauf, daß der Entwurf bei der Gemeinschaft von dem gemeinschaftlichen Gegenstand spricht, die Innehabung als einen Gegenstand bezeichnen, um sie dadurch den Regeln über die Gemeinschaft zu unterstellen, so ist die Bezeichnung zum mindesten keine glückliche und die Argumentation jedenfalls keine durchschlagende.

Es scheint mir übrigens nicht erforderlich zu sein, die Mitinhabung ausdrücklich den Regeln über Gemeinschaft zu unterstellen. Wenn es nur vermieden wird, zu Eingang von einer Gemeinschaft des Rechts zu reden (zu vergl. die obigen Formulirungsvorschläge), so kann der Theorie und Praxis die Feststellung überlassen werden, ob und in welchem Umfang die Vorschriften über die Gemeinschaft auf die Mitinhabung Anwendung finden.

Daß das thatsächliche Verhältniß, in welchem die Mitinhaber stehen, daß namentlich die Art und Theilung der faktischen Benutzung possessorisch geschützt werden soll, muß ausdrücklich gesagt werden.

Im Einzelnen ergeben sich bei einer derartigen Regulirung folgende Verhältnisse.

Sofern eine unbeschränkte Gebrauchsmöglichkeit der Sache vorliegt, steht dieselbe jedem Mitinhaber zunächst faktisch in Folge der Thatsache zu, daß er Mitinhaber ist, und wenn ein Inhaber von einem andern an einem derartigen Gebrauch gehindert wird, so liegt eine Störung des faktischen Verhältnisses, mithin verbotene Eigenmacht vor.

Handelt es sich um beschränkte Gebrauchsmöglichkeit und Theilung des Gebrauchs, so erscheint es, solange die Theilung nicht durchgeführt und mit dem Gebrauch nicht begonnen ist,

als eine Verletzung des faktisch bestehenden Verhältnisses, mithin als verbotene Eigenmacht, wenn ein Mitinhaber einseitig mit dem Gebrauch beginnt, also z. B. ohne weiteres ein Stockwerk des gemeinschaftlich innegehabten Hauses bezieht. Wird ein bindender Majoritätsbeschluß gefaßt, so kann derselbe nicht auf possessorischem, sondern nur auf petitorischem Weg durchgeführt werden.

Ist aber eine faktische Regulirung des Gebrauchs eingetreten, sind also z. B. die verschiedenen Stockwerke des gemeinschaftlich innegehabten Hauses von den einzelnen Mitinhabern bezogen, so wird dieser Zustand possessorisch geschützt, so daß ein Eingriff in denselben als verbotene Eigenmacht erscheint. Will ein Inhaber das faktisch vorhandene Verhältniß beseitigen, so muß er zur petitorischen Klage greifen.

Gegen diese Gestaltung der Sache werden sich wohl kaum Einwendungen erheben. Die vorgeschlagene Regulirung stimmt auch der Hauptsache nach mit dem gemeinen Recht überein. Ich muß hier allerdings in einer Richtung die Darstellung in meiner Theilung der Rechte berichtigen. Wenn ich dort (S. 106) behauptet habe, daß das interdictum uti possidetis nicht zum Schutz der faktisch vorhandenen Benutzungsverhältnisse verwendet werden könne, so glaube ich diese Behauptung nunmehr zurücknehmen und mich der Ansicht Miescher's in dieser Beziehung anschließen zu sollen.

In einer Richtung weichen die gemachten Vorschläge vom gemeinen Recht ab. Wenn ein Mitinhaber einseitig mit dem Gebrauch der Sache begonnen hat, so ist, wie ich auszuführen gesucht habe (S. 109), nach gemeinem Recht nicht die Besitzklage, sondern die actio communi dividundo als die gegebene Klage zu betrachten. Es kann demnach nicht Unterlassung des Gebrauchs, Räumung der Sache, sondern nur richtige Theilung des Gebrauchs verlangt werden, während nach den oben

gemachten Vorschlägen verbotene Eigenmacht angenommen wird, so daß Unterlassen jeglichen Gebrauchs gefordert werden kann. Die vorgeschlagene Abweichung vom römischen Recht findet im Folgenden ihre Rechtfertigung. Nach römischem Recht kann bei bestehender Gemeinschaft auf Regulirung des Gebrauchs geklagt werden; wenn nun ein Theilhaber mit dem Gebrauch begonnen hat, so erscheint es als das Nächstliegende, die andern Theilhaber auf die actio communi dividundo zu verweisen, mit der sie eine Theilung des Gebrauchs, mithin eventuell eine Einschränkung dessen herbeiführen können, der einseitig mit dem Gebrauch begonnen hat. Der Entwurf erkennt nun diese Funktion der actio communi dividundo nicht an, oder wenigstens nur in besonderen Fällen (§ 772), und die Theilhaber können deshalb in dem besprochenen Fall nicht auf dieselbe verwiesen werden. Will man die übrigen Theilhaber gegenüber dem gewaltthätigen Vorgehen eines Einzelnen nicht schutzlos lassen, so muß man ihnen den Anspruch einräumen, daß dem Gegner vorläufig die eigenmächtige Benutzung ganz untersagt werde, also man muß ihnen possessorischen Schutz geben.

Was nun die Formulirung der gemachten Vorschläge betrifft, so wird natürlich der § 817 ganz fallen müssen. Fraglich ist, ob der § 799 nothwendig ist; wenn in dem Gesetzbuch von dem Mitbesitz oder der Mitinhabung gesprochen wird, so wird es kaum erforderlich sein, die Möglichkeit derselben noch besonders zu betonen. Wenn übrigens der Paragraph stehen bleiben sollte, so wäre doch die Frage aufzuwerfen, weshalb in demselben nur vom Mitbesitz und nicht auch von der Mitinhabung die Rede ist, um so mehr, als die Motive in erster Linie von der Mitinhabung reden.

Die vorgeschlagene Behandlungsweise könnte nun einfach so ausgedrückt werden, daß die thatsächliche Gewalt, die ein

Mitinhaber oder Mitbesitzer erlangt hat, der Inhabung, respektive dem Besitz gleich und damit unter possessorischen Schutz gestellt wird. Der betreffende Paragraph könnte folgendermaßen lauten:

Auf die thatsächliche Gewalt, welche ein Mitinhaber oder Mitbesitzer erlangt hat, finden die Bestimmungen über Inhabung und Besitz entsprechende Anwendung.

Bei Behandlung der Theilung der Forderungen geht der Entwurf von der Auffassung der herrschenden Lehre aus, daß die Scheidung von theilbaren und untheilbaren Forderungsrechten an sich gegeben sei, und deshalb der Gesetzgeber in dieser Richtung nichts zu bestimmen habe. Diese Auffassung ist nun meines Erachtens eine unrichtige, da bei den untheilbaren Forderungen des gemeinen Rechts allerdings in einigen Fällen Unmöglichkeit der Theilung vorliegt, während in andern die Untheilbarkeit auf der positiven Vorschrift beruht, daß nicht getheilt werden soll. Bei Unmöglichkeit der Theilung ist die Untheilbarkeit allerdings an sich gegeben und braucht vom Gesetzgeber nicht ausgesprochen zu werden, während die mögliche Theilung, die nicht zugelassen werden soll, vom Gesetzgeber direkt auszuschließen ist.

Wenn nun der § 320 unverändert stehen bleibt, so wird auch für den Standpunkt, den ich vertrete, die Untheilbarkeit in demselben Umfang statuirt sein, wie sie im gemeinen Recht bisher anerkannt war. Indem der Gesetzgeber über die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Forderungen nichts bestimmt, stellt er sich auf den Standpunkt der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts, und es darf deshalb angenommen werden, daß er die Theilung in demselben Umfang ausschließen will, wie dies auf dem Gebiet des gemeinen Rechts geschieht. Und dies ist um so mehr anzunehmen, als bei den untheilbaren Obligationen der Ausschluß der Theilung zwar nicht noth-

wendig, aber doch jedenfalls gerechtfertigt ist (zu vergl. Theilung der Rechte S. 182).

Möglich ist allerdings auch die Auffassung, daß beim Schweigen des Gesetzgebers Untheilbarkeit nur da angenommen wird, wo die Theilung unmöglich ist, so daß eine Aenderung der Anschauungen über diese Unmöglichkeit auch eine neue Abgrenzung der untheilbaren Forderungsrechte nach sich zieht. Aber diese Auffassung wird doch nicht aufrecht zu erhalten sein. Denn da es dem Gesetzgeber doch in erster Linie auf die praktischen Resultate ankommt, so wird anzunehmen sein, daß er die Untheilbarkeit der Forderungen in dem Umfang statuiren wollte, in welchem er sie im Anschluß an die herrschende Lehre als nothwendig vorhanden dachte.

Dagegen, daß die Untheilbarkeit der Forderungen in demselben Umfang wie im gemeinen Recht statuirt wird, habe ich nichts einzuwenden, wenn mir diese Regulirung auch nicht als die einzig mögliche erscheint (zu vergl. Theilung der Rechte S. 266). Von meinem Standpunkt aus komme ich jedoch zu der Forderung, daß die Theilung, die zu verschiedenartigen Theilen führt, ausdrücklich ausgeschlossen wird.

Nicht nur von meiner Auffassung, sondern auch von derjenigen der herrschenden Lehre aus dürfte das Wort „gleichen" an zwei Stellen des § 320 zu streichen sein. Der Paragraph sagt, daß bei theilbarer Forderung jeder Gläubiger nur einen gleichen Theil der Leistung zu fordern berechtigt, und jeder Schuldner nur einen gleichen Theil derselben zu bewirken verpflichtet sei. Quantitative Gleichheit kann damit nicht angeordnet sein, denn bei einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern ist der Einzelne nicht quantitativ gleich, sondern proportionell seiner Betheiligung an dem Forderungs- respektive Schuldverhältniß berechtigt oder verpflichtet. Aber diese Proportionalität wird nicht deutlich ausgedrückt, wenn gleiche

Theile angeordnet werden. Wenn der A zu $^2/_3$, der B zu $^1/_3$ den Gläubiger beerbt, so versteht sich von selbst, falls nur die Theilung angeordnet ist, daß der A $^2/_3$, der B $^1/_3$ zu fordern hat, und es ist weder nöthig noch möglich, dies dadurch anzuordnen, daß gesagt wird, Jeder bekomme einen gleichen Theil.

Das Wahrscheinlichste ist, daß die Kommission an qualitative Gleichheit gedacht und durch die Aufnahme des Wortes gleich dem Gedanken hat Ausdruck geben wollen, daß bei theilbarer Forderung qualitativ gleiche Theile entstehen. Die Worte, die dastehen, sind aber höchstens eine, noch dazu undeutliche Belehrung, die nicht in das Gesetzbuch gehört, und der Gedanke, der meines Erachtens ausgesprochen werden muß, daß die Theilung nur stattfinden soll, wenn qualitativ gleiche Theile entstehen, ist nicht mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht.

Aus dem Bisherigen würde sich folgende Formulirung des § 320 ergeben.

Sind bei einem Schuldverhältnisse mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner betheiligt, so hat jeder Gläubiger nur einen Theil der Leistung zu fordern und jeder Schuldner nur einen Theil derselben zu bewirken, wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist.

Die Theilung ist ausgeschlossen, wenn dieselbe zu verschiedenartigen Theilen führt.

Neben den Fällen, in denen die Theilung zwar möglich, aber nach gemeinem Recht und den soeben gemachten Vorschlägen ausgeschlossen ist, gibt es nun auch solche, in denen die Theilung unmöglich ist (zu vergl. Theilung der Rechte S. 190, 197). Es erscheint fraglich, ob diese Fälle im Gesetzbuch zu erwähnen sind. Soll dies geschehen, so könnte der Anfang des § 320 folgendermaßen lauten:

Sind bei einem Schuldverhältniß mehrere Gläubiger oder Schuldner betheiligt, und ist die Theilung möglich u. s. w.

Die Einschiebung der letzteren Worte würde genügen, um auf die betreffenden Fälle aufmerksam zu machen. Daß dieselben ebenso zu behandeln sind, wie diejenigen, in denen die Theilung vom Gesetzgeber ausgeschlossen wird, wäre selbstverständlich.

Auch bei Behandlung der Theilung der Servituten steht der Entwurf auf dem Boden der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre. Der § 968 bestimmt, daß eine Grunddienstbarkeit nach Bruchtheilen weder begründet noch aufgehoben werden kann, und die Motive bemerken dazu, der Entwurf glaube das Princip der Untheilbarkeit nicht unmittelbar, aber doch eine wichtige Konsequenz desselben aussprechen zu sollen, welche einen Rückschluß auf das Princip gestattet. Wenn hiernach die Intention des Entwurfs darauf gerichtet ist, die Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten zu statuiren, so ist es nicht ersichtlich, weshalb dies nicht direkt, sondern auf dem Umweg erfolgt, daß eine Konsequenz des Princips in das Gesetzbuch aufgenommen wird. Hierbei liegt doch die Auffassung sehr nahe, daß der Gesetzgeber nur diese Konsequenz, nicht aber das Princip sanktioniren wolle. Der Art. 288 des baierischen Entwurfs, mit dessen zweitem Absatz der § 968 übereinstimmt, hat als ersten Absatz die Worte: Grunddienstbarkeiten sind untheilbare Rechte. Eine derartige Vervollständigung des § 968 wäre jedenfalls wünschenswerth.

Wer von der meines Erachtens richtigen Ansicht ausgeht, daß in der Lehre von der Untheilbarkeit der Prädialservituten verschiedenartige, von einander unabhängige Sätze, und zwar nicht einmal sprachlich korrekt zusammengefaßt werden, der wird eine in das Detail gehende Ergänzung des § 968 fordern. Es wäre außer der Bestellung der Servitut

nach Bruchtheilen auch noch die Bestellung an einer Miteigenthumsquote oder für eine solche zu nennen. Denn daß der Entwurf jedenfalls das Erstere, wahrscheinlich auch das Letztere ausschließen will, wird wohl angenommen werden dürfen. Der § 968 hätte demnach zu lauten:

Eine Grunddienstbarkeit kann weder theilweise noch an oder für den Antheil eines Miteigenthümers begründet oder aufgehoben werden.

Während der § 968 die Bestellung von Grunddienstbarkeiten nach Bruchtheilen ausschließt, redet der § 1045 von der Unzulässigkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an einem Bruchtheil des belasteten Grundstücks. Die Motive zu § 1045 bemerken zwar, daß die Vorschrift sachlich mit der des § 968 übereinstimme; weshalb dann aber nicht auch die gleiche Formulirung gewählt wird, ist nicht ersichtlich. Denn der Grundsatz variatio delectat kann doch wohl auf legislatorische Thätigkeit keine Anwendung finden.

In einem weiteren Satz bemerken die Motive nun allerdings, daß die Vorschrift sich nicht auf die aktive Seite der persönlichen Dienstbarkeit beziehe. Hier hänge die Theilbarkeit davon ab, ob der Gegenstand der Dienstbarkeit für eine Quotentheilung empfänglich ist oder nicht. Wenn aber die Formulirung des § 1045 unter Abweichung von der des § 968 gewählt wurde, um dies zum Ausdruck zu bringen, so ist die Bemerkung der Motive unrichtig, daß die §§ 968 und 1045 sachlich übereinstimmen.

Zu Zweifeln und Streitigkeiten wird der Paragraph bei der Fassung der Motive wohl führen, um so mehr, als auch der Ausdruck „Theilung auf der aktiven Seite“ nicht ganz deutlich ist. Ich kann von der Bestellung einer Personalservitut zu einer bestimmten Quote oder an einer Miteigenthumsquote reden; liegt nun bei ersterer Ausdrucksweise eine

Theilung auf der aktiven Seite vor, über deren Zulässigkeit die Theilbarkeit des Gegenstandes entscheidet? Wenn das gesagt werden soll, wogegen ich nichts einzuwenden hätte, so wäre jedenfalls ein deutlicherer Ausdruck erwünscht.

In Verbindung mit der Theilung der Servituten steht noch der § 947, welcher folgendermaßen lautet:

„Ein Recht, durch welches die gemeinschaftliche Sache belastet wird, kann auch für einen Miteigenthümer begründet werden."

Der Artikel 311 des baierischen Entwurfs, den die Motive citiren, hat folgenden Wortlaut:

„An einem gemeinschaftlichen Grundstück kann von den Miteigenthümern zu Gunsten des Grundstücks, welches einer von ihnen im Alleineigenthume hat, eine Grunddienstbarkeit gültig bestellt werden.

Ingleichen kann der Alleineigenthümer eines Grundstücks an demselben zum Vortheil eines andern in seinem Miteigenthum befindlichen Grundstücks eine Grunddienstbarkeit gültig bestellen."

Gegen diese Bestimmung ist nur etwa einzuwenden, daß dieselbe selbstverständlich und deshalb überflüssig ist. Die Motive zu § 947 geben nun zwar keinen Anhalt dafür, daß der Entwurf auch an andere Fälle denkt als an den des Art. 311 des baierischen Entwurfs, wohl aber scheint die weitere, von dem baierischen Entwurf abweichende Formulirung des § 947 darauf hinzuweisen. Denn unter den Wortlaut des § 947 fällt auch der Fall, daß ein Miteigenthümer an der gemeinschaftlichen Sache eine Personalservitut oder für seine Eigenthumsquote eine Prädialservitut erwerben will.

Sofern es sich nun um ein theilbares Recht, also z. B. um den Nießbrauch handelt, so steht natürlich nichts im Wege, daß ein Miteigenthümer an den andern Quoten einen Nieß-

brauch sich konstituiren läßt. Aber es scheint überflüssig und bedenklich, daß ein Miteigenthümer eine untheilbare Personalservitut an der gemeinschaftlichen Sache erwerben oder an seine Miteigenthumsquote eine Prädialservitut knüpfen kann. Wahrscheinlicher ist es allerdings, daß der Entwurf dies gar nicht statuiren will, aber jedenfalls scheint mir die Forderung begründet zu sein, den § 947 entweder ganz zu streichen oder ihm eine dem baierischen Entwurf entsprechende Formulirung zu geben.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 577 620

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 577 620





